

UNIVERSITÉ DE PARIS -- FACULTÉ DE DROIT

L'ÉVOLUTION DE LA SÉPARATION DE CORPS

DE SON ORIGINE AU CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT ÈS SCIENCES JURIDIQUES

Présentée et soutenue le Samedi 3 Décembre 1921, à 2 heures

PAR

William MÉLESSE

AVOCAT

Président : M. PIÉDELIÈVRE, *professeur*

Suffragants { MM. MEYNIAL, *professeur*
LÉVY-ULLMANN, *professeur*

PARIS

IMPRIMERIE TÉQUI

3^{bis}, RUE DE LA SABLIÈRE, 3^{bis}

—
1921

THÈSE DE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE

DE

M. LE PROFESSEUR A. ESMEIN

Il avait bien voulu accepter ce sujet d'étude et nous guider de ses conseils. La disparition soudaine de notre regretté Maître, puis la guerre avec ses conséquences, ont ajourné longtemps l'apparition de ce travail; cela ne pouvait nous faire oublier tout ce que nous lui devons, et nous dispenser de l'exprimer ici.

A MES MAITRES DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE PARIS

A MES PARENTS

Meis et Amicis.

UNIVERSITÉ DE PARIS -- FACULTÉ DE DROIT

L'ÉVOLUTION DE LA SÉPARATION DE CORPS

DE SON ORIGINE AU CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT ÈS SCIENCES JURIDIQUES

Présentée et soutenue le Samedi 3 Décembre 1921, à 2 heures

PAR

William MÉLESSE

AVOCAT



Président : M. PIÉDELIÈVRE, *professeur*
Suffragants { MM. MEYNIAL, *professeur*
LÉVY-ULLMANN, *professeur*

PARIS
IMPRIMERIE TÉQUI

3^{bis}, RUE DE LA SABLIÈRE, 3^{bis}

1921

INTRODUCTION

« Ce ne sont pas les organes, c'est-à-dire la nature et la forme des parties du corps d'un animal qui ont donné lieu à ses habitudes et à ses facultés particulières, mais, ce sont, au contraire, ses habitudes, sa manière de vivre et les circonstances dans lesquelles se sont rencontrés les individus, dont il provient, qui ont, avec le temps, constitué la forme de son corps, le nombre et l'état de ses organes, enfin les facultés dont il jouit. » Si, par une transposition toute naturelle, nous appliquons, à l'étude des sociétés humaines et de leurs formes, cette vue biologique de Lamarck, nous dirons : ce sont les mœurs, les habitudes, les conceptions politiques ou religieuses, enfin, les conditions économiques qui déterminent les institutions et les lois auxquelles sont soumis les hommes vivant en société. Autrement dit, la loi ne crée rien ; ce sont les mœurs, c'est le milieu social, résultat lui-même du milieu (1) extérieur et des conditions économiques, qui influent sur l'œuvre du législateur comme sur l'interprétation qu'en donne le juge, chargé de dire le droit. Les sociétés humaines, organismes vivants en perpétuelle transformation, nous offrent le spectacle incessant des modifications que la vie même apporte aux principes sur lesquels elles reposent. A des périodes de progrès correspondent des périodes de regès ; l'évolution peut être progressive ou régressive. Et, les institutions et les lois, qui nous régissent, sont également soumises à ces mouvements alternants de flux et de reflux.

(1) « Le milieu fait l'homme et par l'homme l'histoire. » Herder.

Cependant, pour si variés que soient ces aspects du transformisme social, le même fonds semble demeurer éternellement : tout tourne autour de deux ou trois grands principes, de quelques idées fondamentales. L'image, qui se présente naturellement à l'esprit est celle du cycle ou de la spirale(1), que décrit la société, dans sa marche continue vers des destinées ignorées. Au nombre de ces grands principes est le mariage, l'union de l'homme et de la femme en vue de la conservation de l'individu et de la perpétuation de l'espèce. Mais, cette union sera-t-elle éphémère ou durable ? La continuation, ou la rupture de l'association conjugale, sera-t-elle laissée à la volonté arbitraire et souvent changeante des parties, ou soumise au contraire au contrôle de la société, ou sinon de la collectivité tout entière, du moins de la famille, cet état en petit ?

Ainsi posée, dans ses termes les plus généraux, avec toutes les conséquences qui en résultent, l'étude du problème de la dissolution volontaire du mariage, depuis l'aurore des premières civilisations, avec les solutions qui y ont été successivement ou simultanément apportées, cette étude exigerait, peut-être, la durée d'une vie humaine. Même réduite, à un exposé succinct, ou, encore à l'étude d'une de ses solutions, à l'étude complète de l'évolution de la séparation de corps en droit français de son origine à nos jours, il ne saurait et il ne pourrait en être question ici. Mais, si ce problème, qui est en relation constante avec la conception que l'on se fait de la destinée de l'homme, a reçu des solutions aussi opposées que diverses, dans le temps, comme dans l'espace, rien n'est plus aisé que de nous attacher à l'examen de l'une de ces réponses, au cours d'une période donnée, et chez un peuple déterminé.

C'est dans cet esprit que nous allons traiter un point particulier de cet émouvant problème, comme s'il s'agissait,

(1) C'est la théorie cyclique de Vico ; c'est aussi la comparaison de la spirale de Goethe reprise par Enrico Ferri dans sa *Sociologie criminelle* : « ... L'humanité progresse comme une spirale qui paraît revenir sur elle-même, mais en avançant et en s'élevant toujours. »

pour nous, de détacher du tronc de l'arbre immense de la connaissance, aux branches multiples, l'une d'entre elles, assez dissemblable d'ailleurs de ses voisines, et qui paraît, au surplus, se dessécher, et être même sur le point de mourir. Cette branche, aux trois quarts morte, peut-être, aujourd'hui c'est la séparation de corps. Morte ! elle le paraissait bien davantage encore au sortir de la Révolution, et, cependant, elle reparut en 1804, dans le code de nos lois. Quelles ont été les causes de cette réapparition, de cette renaissance de notre institution ? De là, l'obligation pour nous voulant prendre comme sujet d'étude la renaissance de la séparation de corps dans le code civil, de suivre l'évolution de cette institution de son origine à 1804. Mais, après le choix du sujet, restait celui de la méthode. Devions-nous nous placer à un point de vue résolument dogmatique, et, chercher dans un exposé de la crise, que venait de traverser le mariage, la confirmation de tel ou tel système préconçu ; ou bien, au contraire, nous plaçant au point de vue historique et critique, qui est celui de l'esprit scientifique (1) moderne, ne devions-nous pas remonter des effets aux causes, et, préférer, à la description d'un état donné d'un phénomène, séparé de tous ses états antérieurs et de ceux qui le suivent, l'étude complète du phénomène dans son entier développement, en vue de dégager les lois propres de son évolution ? C'est le point de vue dynamique, substitué au point de vue statique. De là, pour nous qui avons adopté le second procédé, la nécessité de suivre la séparation de corps dès sa naissance (2). Comment, en effet, parler de la renaissance de la séparation de corps, et, déterminer la nature et la

(1) « La méthode historique est la méthode scientifique par excellence. Dégagée de tout élément subjectif ; elle s'en tient aux faits et aux réalités, elle les classe et en déduit les lois générales qu'ils comportent. Appliquée au droit, elle n'a d'autre objectif que de mettre le droit en conformité avec la vie. » Raymond Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, p. 99, t. I^{er} du *livre du Centenaire du Code Civil*, Paris, Rousseau, 1904.

Cf. Ch. Seignobos, *La méthode historique appliquée aux sciences sociales*, Paris, Alcan, 1901, p. 245 et suivantes.

(2) Auguste Comte disait dans son *Cours de Philosophie Positive* : « Une conception quelconque ne saurait être bien connue que par son histoire. »

portée de l'acte, accompli par le législateur de 1804, si nous creusons un fossé entre l'ancien droit et le droit nouveau issu du Code civil ?

Cette incursion dans les temps passés, intéressante dans n'importe quelle législation, le sera tout particulièrement dans notre droit et dans un pays comme la France, où l'influence du passé (1) est si grande et si prépondérante, et où, en un mot, la voix des morts reste si puissante. Car, produit du droit canonique, la séparation de corps a, jusqu'ici, toujours été liée, dans son développement, à l'influence politique de l'Eglise catholique, et, elle en a subi, dans une certaine mesure, toutes les vicissitudes. Et, cette projection rapide, dans le passé, ne nous enseignera pas seulement que l'histoire, vue de haut, est un perpétuel recommencement, mais, que, dans certains débats, les arguments, qui reviennent le plus fréquemment, ne sont pas les meilleurs ni les plus nouveaux.

Ainsi, le problème religieux, le cas de conscience si souvent encore invoqué en faveur du droit d'intervention à reconnaître à l'Eglise en matière de mariage, n'est pas récent (2). Ceci dit en passant pour bien marquer la continuité qui existe entre l'état présent de la question et ses états antérieurs, nous n'insisterons pas davantage. Il n'entre pas dans nos vues d'exposer l'histoire des rapports de l'Eglise et de l'Etat depuis le moyen âge, ni de montrer à la suite de quel processus a été opérée la main mise du droit canonique sur toute la législation du mariage. Cette étude dépasserait les limites que nous sommes assignées, et nous ne saurions nous y engager. quelque attachante qu'elle

(1) « Un peuple, dit M. Paul Viollet, n'est pas libre de transformer d'un jour à l'autre sa langue ou sa littérature ; il n'est pas libre de transformer complètement son droit public ou privé. Langue, littérature, droit, portent fatalement l'empreinte des siècles, et l'homme, quoi qu'il fasse, se débat dans son passé. » *Histoire du droit civil Français*, avant-propos, p. 6, 3^e éd., L. Larose et Ténin, Paris, 1905. « L'homme est le produit du passé. » Le Dantec : *Les influences ancestrales*.

(2) Comme manifestations modernes de cette doctrine, rappelons le *Syllabus* de Pie IX ; *Errores de matrim. christ.*, N° 67 ; et l'*Encyclyque Arcanum divinæ* de Léon XIII.

soit, et, pour elle-même, et pour la lumière dont elle éclairerait certaines parties de notre sujet. D'ailleurs, quelle contribution personnelle pourrions-nous apporter en cette matière à l'ouvrage classique de M. A. Esmein, *Le Mariage en Droit Canonique*, qui a été pour nous le meilleur des guides, et dont nous avons adopté presque toutes les conclusions, en ce qui touche à cette partie de notre ancien droit.

Nous diviserons notre étude en deux parties, d'inégale importance, comprenant chacune un certain nombre de chapitres.

Dans une première partie, assez courte, consacrée à l'Ancien Droit, nous nous bornerons à noter les phases successives de l'évolution de la séparation de corps, du principe d'indissolubilité du mariage. Nous verrons la relation étroite, le rapport constant qui a toujours existé entre le rôle dévolu à la séparation de corps et la position occupée par l'Eglise vis-à-vis de l'autorité séculière.

Puis, nous exposerons dans la seconde partie, avec tous les développements nécessaires, comment et sous quelles influences les rédacteurs du code civil sont revenus à la séparation de corps, quels en sont les caractères propres au regard du divorce que l'on maintient. La place qui lui est faite dans le Code, nous demanderons-nous, est-elle en rapport avec le rôle qu'elle avait joué dans le passé et a-t-elle repris en un mot tout son empire sur le droit positif comme sur les consciences. Pour répondre à cette question, qui est l'aboutissement final de bien d'autres, nous ne nous sommes pas bornés à procéder à, ce que l'on appelle communément, l'examen de travaux préparatoires de la loi, en l'espèce de celui du titre VI du livre I du code civil. Nous n'avons pas consulté seulement les ouvrages spéciaux, en la matière, les procès-verbaux de Locré, de Fenet et de Favard de Langlade. Nous avons interrogé encore plus les contemporains, les mémoires de l'époque et les faits de l'histoire générale quels qu'ils fussent, d'ordre politique ou d'ordre économique, comme d'ordre religieux, ou encore simplement philosophique et moral. Au cours de ces recher-

ches, nous croyons avoir recueilli quelques observations intéressantes. D'ailleurs, il ne saurait en être autrement en étudiant la vie d'une période de notre histoire, à la fois si vivante et si complexe, et, pourtant, pas encore aussi étudiée qu'elle le mériterait, au point de vue qui nous intéresse ici, celui de la formation de nos institutions juridiques. Et, si, à notre tour, nous n'avons pas réussi à en tirer tout le parti possible, dans l'édification de notre modeste construction, la faute en est au seul artisan et non au manque de matériaux qui étaient en abondance.

PREMIÈRE PARTIE

LES ORIGINES - L'ANCIEN DROIT

CHAPITRE PREMIER

LES CARACTÈRES DE LA SÉPARATION DE CORPS

En droit français moderne, la séparation de corps est la décision judiciaire qui fait cesser entre deux époux l'obligation de vivre en commun, tout en laissant subsister pourtant les autres obligations nées du mariage. La séparation de corps n'entraîne point la rupture complète du lien matrimonial ; c'est la cessation de la vie commune, la séparation d'habitation, *divortium quoad habitationem* des anciens canonistes (1), ou encore disent les textes, *divortium a toro et mensa, divortium quoad torum et mutuam servitutem*. Le mot *divortium* (2), que l'on rencontre fréquemment sous la plume des canonistes, ne doit point faire illusion. Ce terme désignait deux institutions, d'abord confondues, puis, plus tard, nettement séparées : 1^o le *divortium quoad sacramentum aut fœdus*, séparation quant au sacrement, entraînant la nullité du mariage et produisant pour l'avenir les mêmes effets qu'un divorce ; 2^o le *divortium quoad torum et mensam*, la séparation de corps et d'habi-

(1) Sur toute cette matière, Cf. *Le Mariage en droit canonique* de A. Esmein, chap. II, p. 85 et suivantes.

(2) Les pays de langue espagnole qui n'admettent que la séparation de corps la désignent par le mot de *divorcio*. Cf. E. Lehr, *Le Mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés*, Paris 1899, p. 457 ; la séparation se nomme dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord, divorce *limite* par opposition au divorce ordinaire, divorce *absolu*. Cf. Roguin, *Le Mariage en Droit comparé*, p. 272.

tation. D'ailleurs, *lato sensu*, l'on entendait par *divortium*, toutes les hypothèses dans lesquelles un tribunal ecclésiastique avait autorisé à vivre séparément ou défendu de vivre ensemble deux personnes jusque là unies par les liens du mariage. C'est, encore, du droit canonique que nous sommes redevables de l'introduction du principe nouveau, du caractère judiciaire de la décision qui met fin au devoir de cohabitation en même temps qu'au devoir conjugal.

Ayant, ainsi précisé, les caractères sous lesquels se présente, l'institution dont nous aurons à étudier l'histoire, voyons dans quelles conditions elle s'est formée, est-elle spécifiquement propre au droit canonique ou pouvons-nous, au contraire, lui découvrir des précédents dans les législations antérieures, sources de la nôtre, en droit romain et dans les coutumes germaniques ?

CHAPITRE II

LA DISSOLUTION VOLONTAIRE DU MARIAGE A ROME ET DANS LES COUTUMES GERMANIQUES

Le droit romain, pas plus que les coutumes germaniques, ne nous montre que l'intervention du juge était exigée pour la dissolution du mariage soit par le divorce, soit par la répudiation.

La dissolution du mariage, comme sa formation, était, chez les Romains, un acte, dispensé de formes, dans lequel n'intervenait pas l'autorité publique. Ceci n'est absolument vrai, en droit romain, que pour le mariage plus récent, contracté *sine manu*. Dans l'antique mariage *cum manu*, le mari, au cas même où il était *paterfamilias* exerçant lui-même la *manus* ne pouvait répudier sa femme arbitrairement. Il ne prononçait la répudiation qu'à titre de peine, en qualité de magistrat domestique, et, avec l'assistance d'un conseil de famille comprenant les cognats de la femme. Bien plus, pour faire sortir complètement la femme de sa *domus*, le mari devait, en vertu de la loi du parallélisme, ou du synchronisme romain, suivre un *processus* analogue à celui qui lui avait fait acquérir la *manus* : la *diffarreatio* détruisait les effets de la *confarreatio* ; la *remancipatio* ceux de l'*usus* ou de la *coemptio*. Il y avait, dans tout cela, pour la femme comme pour la société, des garanties effectives de sincérité et de moralité, que l'on ne trouve plus à l'époque classique où le divorce fonctionne, à volonté, et sans aucune

retenue ni réserve. A ce moment, à Rome, les mœurs patriarcales antiques, simples et frustes, ont disparu (1) entièrement, pour laisser s'épanouir une nouvelle civilisation, mercantile et ploutocratique, dans laquelle, le culte de la richesse, la passion du luxe et la soif, inapaisée des plaisirs, seront les caractères dominants (2). Il n'est pas exagéré d'affirmer que le mariage sans *manus*, le mariage libre de l'époque d'Auguste a été le dernier terme d'une longue évolution. L'on a passé, successivement, du mariage aristocratique et religieux du très ancien droit (3), toujours indissoluble, parce qu'il conférait la *manus*, acquise par la *conjarreatio*, au mariage des premiers siècles de la République, civil ou religieux, le plus souvent, encore, accompagné de la *manus* et dissoluble seulement dans des cas déterminés; puis, l'on arrive, enfin, à une troisième phase, celle de *justæ nuptiæ*, sans *manus*, du droit récent, toujours dissoluble et essentiellement temporaire.

Ce développement historique des *justæ nuptiæ*, dont nous venons de résumer ainsi les phases, est admis par la plupart des historiens (4) du droit romain, malgré la pauvreté des

(1) Sur tout ceci. Cf. P. F. Girard, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 5^e éd. Paris, p. 148; Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, éd. Paris, t. I^{er}, p. 226 et suivantes; P. Viollet, *op. cit.* p. 483 et suivantes; C. Lefebvre, *Leçons d'Introduction à l'Histoire du Droit Matrimonial français*, p. 77, 134 et suivantes, 386 et suivantes; A. Esmein, *Revue générale du Droit*, année 1883, p. 212 et suivantes; A. Esmein, *op. cit.* t. I^{er}, p. 6; t. II p. 89.

Chez les Francs et chez les autres peuples barbares, qui pratiquaient d'ailleurs fort modérément le divorce, nous constatons l'intervention de la famille dans les démêlés conjugaux, à défaut de celle de la justice. Cette solidarité familiale se comprend parfaitement dans une société où la justice était à peine organisée alors que la famille était fortement construite.

Dans le droit grec cependant, si le mari peut divorcer à son gré sans aucune formalité, la femme, pour faire dissoudre son mariage, doit présenter, en personne, une requête écrite à l'*archonte* qui, seul, en ce cas, a qualité pour prononcer le divorce. Cf. P. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, 2^e éd., avec des notes de A. Esmein, p. 83.

(2) Cf. G. Ferrero, *Grandeur et Décadence de Rome*. T. V. *La République d'Auguste*, chap. vii, Les grandes lois sociales de l'an 18 av. J.-C. trad. Urbain Mangin, Paris, 1907, p. 211 et suivantes.

(3) Cette indissolubilité a continué à frapper le mariage du flamine *dialis* jusqu'à Domitien.

(4) Cf. C. Maynz, *Cours de Droit Romain*, 5^e éd., 1891, t. III, p. 68 et notes, et p. 72; Ihering, *Histoire du développement du Droit Romain*, trad. O. de Meulanère, Paris, 1900, p. 68.

documents sur lesquels l'on s'appuie (1) généralement pour étayer cette théorie. Nous ajouterons, pour notre part, qu'elle se trouve être confirmée par l'observation des faits : l'on va de l'union indissoluble au mariage dissoluble; et c'est l'abus du divorce qui en résulte, qui oblige le législateur à revenir à l'indissolubilité du lien conjugal.

Les divorces en dehors des cas permis, les répudiations injustifiées, même au temps des empereurs chrétiens du Bas-Empire, restaient pleinement valables; ils entraînaient à leur suite tout un système de déchéances ou de peines soit civiles, soit pécuniaires, dont la plus dure, peut-être, était celle qui enlevait à l'époux ayant contrevenu aux dispositions de la loi, le droit de se remarier (2). Les coutumes germaniques nous offrent quelque chose d'analogue : la femme répudiée sans cause justifiée (3), ou les parents de la femme quand elle retombait à leur charge, et sous leur *mundium*, recevaient du mari une indemnité pécuniaire; c'est la composition ou *Wergeld*.

Tel était, en matière de dissolution de mariage, l'état juridique et social des peuples avec lesquels l'Eglise chrétienne naissante, mais déjà forte, se trouva immédiatement en contact. Voilà quel était le point de départ; le point d'arrivée, le dernier terme de cette évolution de près de dix siècles, nous le connaissons; c'est la prohibition complète (4) du divorce et de la répudiation, et la substitution de

(1) Deny d'Halicarnasse, II, 25; Aulu-Gelle, X, 15; Plutarque, *vie de Romulus*, 22; *Quaestiones romanae*, 50; *Festus*, V.; *Flameo*; *Servius*, ad. *Verg. Aen.*, IV, p. 29.

(2) Cf. Théodosien, *De repudiis*, t. III, chap. xvi,

(3) Cf. A. Esmein, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 19 et la note 3.; Cf., Lefebure, *op. cit.*, p. 238.; Cf., L. Glasson, *Le Mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe*, p. 15 et la note 3.

D'après Tarde, les Veddahs pratiquaient le mariage indissoluble. Voir dans *Archives d'Anthropologie criminelle*, année 1907, *La morale sexuelle*, p., 6.

(4) Cependant, si l'on ne tient compte que des faits et non des mots, n'a-t-on pas le droit d'affirmer que, sous le nom de nullités pour causes postérieures à la célébration du mariage, l'ancien droit a réellement partiqué le divorce? En effet, même après le Concile de Trente, l'Eglise a continué à admettre comme causes certaines de nullité : la non-consommation du mariage et le *casus apostoli*, cas prévu par l'Apôtre Paul en sa première Epître aux Corinthiens, versets 12 à 16. V. A. Esmein, *op. cit.*, t. I^{er} p. 220 et suivantes; t. II, p. 268 et suiv., p. 307. P. Viollet, *op. cit.*, p. 492. Cf., en notre sens, Ch. Beudant.

la séparation de corps à ces deux institutions. Cette solution affirmée par l'Eglise catholique, comme doctrine et comme législation certaines (1), au Concile de Trente en 1563, est celle qui a prévalu, définitivement, en France jusqu'à la Révolution Française. Mais, comment l'Eglise en est-elle arrivée là ? A quels souples et patients efforts d'adaptation n'a-t-elle pas dû se livrer, pour arriver à faire prédominer ses vues et à imposer, au pouvoir séculier, ce qui n'avait d'abord été chez elle, qu'affaire de discipline intérieure, de conscience, ne concernant que le *forum internum* et nullement le *forum externum* ?

(1) Sans doute l'Eglise proclama de bonne heure le principe de l'indissolubilité du mariage, et, comme corollaire, la prohibition du divorce, en s'appuyant sur certains textes de la *Genèse* (liv. II) 23-24; de l'*Evangile* (saint Mathieu chap. v, verset 32; chap. xix, versets 3 à 9) et de saint Paul (*Epître aux Ephésiens*, chap. v., n° 22 et suivants; 1^{re} *Epître aux Corinthiens*, chap. vii). Mais, cette doctrine ne fut pas acceptée du premier coup et sans heurt. Le Christ sur la Montagne, dans l'*Evangile selon saint Mathieu*, V, versets 31 et 32, permet au mari de répudier sa femme en cas d'adultère; et parmi les anciens Pères de l'Eglise, présentant une note discordante, on trouve : Tertullien, saint Grégoire de Naziance, saint Epiphane, saint Jean Chrysostome, auxquels l'on oppose, notamment, saint Jérôme et saint Augustin (partisans de l'indissolubilité.) Enfin le Concile de Trente lui-même recula devant une condamnation trop sévère de la doctrine opposée, eu égard à certains usages et, en particulier, à ceux suivis par l'Eglise Orientale qui admettait le divorce.

V. sur ce point : A. Esmein, *op. cit.*, t. II, p. 48, et les textes rapportés en notes; Ch. Lefebvre, *op. cit.*, p. 107, et les textes de la note 1, p. 112; Glasson, *op. cit.*, 2^e éd., p. p. 214-215; P. Viollet, *op. cit.*, p. p. 484-485.

CHAPITRE III

LA DISSOLUTION VOLONTAIRE DU MARIAGE APRÈS LE TRIOMPHE DU CHRISTIANISME

§ 1^{er}. — *L'évolution politique de l'Eglise et son évolution doctrinale en matière de mariage.*

L'Eglise a occupé, successivement, dans le temps, vis-à-vis de l'autorité séculière, trois positions bien différentes (1) ; et, sur la question, qui nous occupe, celle de la dissolution du mariage, sa doctrine a passé par trois états distincts. Pourtant, l'évolution de la doctrine de l'Eglise, en matière de rupture du lien conjugal, n'a pas suivi un développement, parallèle à son évolution politique. Il n'y a jamais eu concordance parfaite entre sa situation vis-à-vis de l'Etat et sa position doctrinale ; autrement dit, les rapports qui lient, l'un à l'autre, ces deux ordres de phénomènes, ne sont pas des rapports de concomitance mais ceux de séquence, de cause à effet.

La première position, occupée par l'Eglise, en face du pouvoir civil, est bien connue. Considérée, d'abord, comme une étrangère, l'Eglise chrétienne est devenue pour les

(1) A. Esmein, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 3 et suivantes ; Cf. Renan, *L'avenir de la science* ; Cf. Ch. de Savigny, *Traité de Droit Romain*, chap. II, *De la nature des sources du Droit*, traduction Ch. Guenoux, Paris, Didot 1840, p. 27 : « L'histoire nous montre que l'Eglise et son droit, ont, suivant les époques, occupé dans l'état une place bien différente. »

empereurs du Bas-Empire, une alliée. Elle s'affermirait, dans ce rôle avec les chefs barbares, continuateurs des Césars, romains, c'est, alors, plus qu'une alliée; c'est presque une associée. Cependant, malgré cette situation nouvelle, malgré la prépondérance indiscutable, qui lui était reconnue dans les conseils du gouvernement, où, elle avait toujours sa place, sa doctrine n'opéra que très lentement sur les masses avec lesquelles elle se trouva directement en contact. Durant les derniers siècles de l'empire romain et, même, après les invasions barbares, pendant la période qui va jusqu'au début du moyen âge, c'est-à-dire jusqu'à la fin du x^e siècle, l'Eglise n'a pas eu la connaissance des causes matrimoniales; elle ne pouvait exercer et elle n'exerça sur les fidèles qu'une juridiction disciplinaire et religieuse. Certes, elle réprouvait le divorce ou, plus exactement, elle n'admettait pas que l'époux divorcé se remariât du vivant de son conjoint; mais, elle ne pouvait abroger la législation civile existante, et empêcher les gens, qui le voulaient, de divorcer et même de se remarier. Les premiers chrétiens mêmes ne se faisaient nul scrupule d'user du *repudium*, permis par la loi romaine, pourvu que le divorce ne fût point suivi d'un nouveau mariage de la part de l'un ou de l'autre des époux.

La doctrine nouvelle, invoquée par l'Eglise, s'appuie sur le texte de la Genèse (1): « *Quamobrem homo relinquet patrem...* » elle pose le principe d'indissolubilité du mariage, mis au rang d'un sacrement. L'union de l'homme et de la femme est semblable à celle de Jésus-Christ avec son Eglise; de là cette conséquence: « *Quod ergo Deus conjunxit homo non separet* (2). » Le principe d'indissolubilité, tel qu'il se présente, est nouveau dans l'histoire. C'est dans un mouvement de réaction contre la société romaine de l'Empire trop encline au divorce, que les premiers chrétiens, pour mieux assurer le respect dû au mariage, base de la famille et de la société, en

(1) Genèse, II, 23-24.

(2) Evangile selon saint Mathieu, chap. XIX, verset 6: « *Itaque jam non sunt duo sed una caro. Quod ergo...* »

ont fait un sacrement. Cependant, la société antique, comme d'ailleurs toute société soucieuse de durer, n'admettait pas que l'union de l'homme et de la femme fût une cohabitation passagère. Nous lisons, en effet, au Digeste (1) : « *Nuptiae sunt conjunctio maris et faeminae consortium omnis vitae : divini et humani juris communicatio* ». La formule du jurisconsulte Modestin « *consortium omnis vitae* » donne satisfaction à ce besoin de conservation, de durée, fin suprême du mariage. A ce texte s'oppose celui de la Genèse qui paraît être d'une inspiration très voisine et dont on a tiré pourtant des principes très différents. Dieu dit dans la Genèse : (2) « *Quamobrem homo relinquet patrem et matrem et uxori suae adhaerebit, duo erunt in una carne.* » De la dernière partie de ce texte, à partir de *uxori suae adhaerebit*, l'on a fait découler les deux principes fondamentaux du mariage en droit canonique : le principe de consommation du mariage, et celui de l'indissolubilité. L'Eglise, a donc, de bonne heure entrevu l'indissolubilité comme but final du mariage, mais, elle a mis plusieurs siècles à dégager ce principe, et, elle a dû, pendant non moins longtemps encore, composer avec les mœurs et la législation civile des premiers peuples chrétiens. Ce n'est que du jour où *le ministre de la religion* est devenu juge et législateur de ce sacrement, qu'a pu être imposée, dans toute sa rigueur, la règle nouvelle : la prohibition du divorce et l'emploi de la seule séparation de corps.

Nous sommes arrivés à une nouvelle période de l'histoire de l'Eglise, celle au cours de laquelle apparaîtra la séparation de corps. C'est la seconde position occupée par elle dans le temps. Durant cette nouvelle phase de son existence, elle va régner en souveraine absolue sur la matière du mariage ; tout lui appartiendra : doctrine, législation, juridiction.

Cette intégration complète n'était pourtant pas due à une loi propre de sa constitution intime, ni à un effet naturel de son développement, mais, à un accident historique,

(1) Digeste, xxiii, 2. De ritu nupt. fg. 1

(2) Genèse, loc. cit.

à une cause occasionnelle dérivant des transformations du milieu social, à l'affaiblissement du pouvoir central, conséquence de la féodalité. Il s'était produit, ce qui se passe tous les jours chez les êtres vivants à la suite de changements dans leurs conditions d'existence : des modifications corrélatives entre les différentes parties de l'organisme social. L'Eglise, au sein de la société féodale, dans un milieu qui lui était entièrement favorable, se développait aux dépens du pouvoir central, de plus en plus atrophie. C'était l'application particulière de cette grande règle, bien connue des biologistes (1), *la loi du balancement des organes*. Nous en trouvons la confirmation expérimentale dans le cas de l'Eglise d'Orient dont l'évolution a été tout autre (2).

L'Eglise occupa toujours ici sa position primitive, elle resta vis-à-vis de l'empire bysantin ce qu'elle avait été pour l'empire romain à partir de Constantin, une alliée, une associée même dans une certaine mesure, mais, en droit comme en fait, subordonnée à la législation civile. Et les choses n'allèrent jamais plus loin, car les empereurs byzantins, quelque faibles qu'ils aient été, à certains moments, ne laissèrent pass'échapper de leurs mains le sceptre du pouvoir.

La féodalité chrétienne fut circonscrite à l'Occident (3) et là, elle produisit toutes ses conséquences. Elle s'accompagna pour l'Eglise du phénomène d'intégration que nous avons indiqué, tandis qu'à Bysance, et dans les pays qui en dépendaient, la législation religieuse resta soumise à la législation civile qui admettait et continua d'admettre le divorce.

(1) Depuis Etienne Geoffroy Saint Hilaire, C'est ce que H. Taine appelle la *loi des dépendances mutuelles* V. Son *Introduction à l'Histoire de la Littérature Anglaise*, p. XXXVI et la seconde préface de ses *Essais de critique et d'histoire*.

(2) Cf. A Esmein, *op. cit.*, t, I^{er}. p. 27 et s, p. 138 ; t. II, p. 301.

(3) Les quelques manifestations de l'esprit féodal que l'on a remarquées en Orient, en Palestine et en Syrie notamment, et dont nous trouvons un témoignage dans les *Assises de Jérusalem*, sont l'œuvre de barons, venus de France et d'ailleurs, et demeurés en ces pays après les croisades ; localisées à quelques points du territoire elles ne laissèrent pas de traces durables et n'exercèrent aucune influence sur le droit et les institutions de Bysance.

Cf. E. Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de la France*. t. IV. p. 243 et suivantes.

Nous venons de voir l'évolution de l'Eglise Orientale. Si nous nous arrêtons aux apparences, nous pourrions nous borner à conclure que l'affaiblissement du pouvoir central, manifesté en Occident, ne s'étant pas produit en Orient, l'Eglise n'y a pu prendre la même maîtrise et par conséquent n'a pu y créer la séparation de corps. Mais, ce ne pourrait être qu'une conclusion approchée, provisoire. Car, ce fait, l'affaiblissement du pouvoir central est, aussi, conditionné par d'autres faits ; il est incorporé dans un ensemble de faits, parmi lesquels, celui-là même que nous observons : l'apparition de la séparation de corps n'a pu se produire, comme conséquence de la mainmise opérée par l'Eglise sur la législation du mariage, que, parce que le terrain s'y prêtait admirablement. Nous pouvons, donc, dire que la manifestation extérieure du phénomène, c'est l'affaiblissement de la royauté entraînant une modification corrélatrice de l'organe qu'est l'Eglise. Or, quel était ce terrain, ce milieu social éminemment favorable à l'éclosion de la séparation de corps ?

§ II. — *Influence du milieu social.*

L'examen auquel nous allons nous livrer des différents éléments qui le constituent, pourra mieux nous permettre d'apprécier le rôle considérable que la séparation de corps a joué dans l'ancien droit et celui qu'elle joue dans le droit actuel.

Le premier de ces éléments est l'élément religieux. Certes les idées religieuses ont eu une grande part, la part la plus considérable, nous le reconnaissons volontiers, dans la formation de notre institution ; mais elles n'ont pu tout faire à elles seules.

Dès les ^v^e et ^{vi}^e siècles de notre ère, le christianisme était tout-puissant ; s'il n'est pas parvenu à imposer sa doctrine au législateur, c'est que le milieu social ne s'y prêtait pas encore suffisamment. Au contraire, à partir du ^{ix}^e siècle, une société nouvelle se constitue ; elle donnera

naissance dans l'ordre politique et économique (1) à la féodalité, et dans l'ordre familial à l'exaltation des pouvoirs du chef de la famille, fût-il baron, gros bourgeois de la ville, enrichi dans le négoce, ou simple roturier, habitant de la campagne, du plat pays. C'est qu'une nouvelle évolution s'était produite depuis la chute de l'empire romain dans la condition de la femme, et l'avait ramenée à son antique dépendance, à sa soumission à la loi de l'homme. En effet, aux III^e et IV^e siècles de notre ère, au moment où le christianisme allait conquérir l'empire des Césars, la tutelle perpétuelle des femmes avait complètement disparu. Sous la poussée individualiste de la société de l'époque, les anciennes barrières avaient cédé : la femme était devenue entièrement libre. Mais, dans la société du moyen âge, du moins jusqu'au XIII^e et XIV^e siècles, nous retrouvons la tutelle (2) perpétuelle des femmes, ou, si l'on aime mieux, la complète dépendance de la femme vis-à-vis de son chef de famille, père, mari ou autre parent mâle. Et, ce n'était pas un vain mot que cette puissance, qui provenait en droite ligne du *mundium* germanique et procédait de la même idée què le *manus* ou la *patria potestas romana*.

De cet élément d'autorité, de cohésion, constaté dans la famille, passons aux conditions économiques. Nous avons vu la propriété féodale, qui, fortement construite avec tout son système de tenures, de bénéfices, était loin d'atteindre le morcellement de la propriété individuelle moderne ou celle de l'époque classique romaine. Et, dans les villes,

(1) La caractéristique de la féodalité est la hiérarchisation des terres et des personnes.

(2) Cf. P. Gide, *op. cit.*, p. 348 et suivantes ; Cf. Glasson, *op. cit.*, t. III p. 51 et suivantes et t. VII, p. 119 et suivantes ; Simonnet, *Mundium dans le droit de famille germanique*, Paris, 1898, p. 42 et suivantes. ; J. Brissaud, *Cours d'Histoire générale du droit français public et privé*, Paris, 1904, t. I^{er}, p. 440 ; F. Viollet, *op. cit.*, p. 312 et suivantes.

Voir, pour l'opinion contraire, Ch. Lefebvre, *Le Droit des gens Mariés*, dans son cours d'histoire du droit matrimonial français, p. 11 et suivantes. Cependant le savant professeur ne semble pas éloigné d'admettre dans son *Introduction à l'Histoire du Droit Matrimonial Français*, p. 315, sinon l'existence même du *mundium*, du moins celle d'une institution analogue et la seule réserve qu'il formule porte sur ce terme de *mundium*.

affranchies de l'autorité seigneuriale ou royale, le commerce et l'industrie ne se développaient que dans les cadres étroits et rigides d'associations fermées, des corporations (1), communautés de métiers et d'artisans, ou confréries. Partout, une société hiérarchisée, disciplinée, obéissant à ses chefs naturels ou à ceux qu'elle s'était librement donnés pour la protéger de l'anarchie, et nulle part une place faite à la fantaisie individuelle. Il était, donc, naturel que sur un semblable terrain, une foi religieuse très vive aidant, les idées d'indissolubilité du mariage vinssent à se cristalliser, en quelque sorte, donnant naissance à la séparation de corps, laquelle, à son tour, allait grandir aux dépens du divorce jusqu'à le faire disparaître entièrement. Elle en prend d'ailleurs la même dénomination : *divortium*.

Ce mouvement d'absorption, accusé déjà dès la fin du x^e siècle, ne produira ses effets qu'à partir du xiii^e et le Concile de Trente en 1563, lui donnera son expression définitive avec ses canons et ses décrets relatifs au mariage. Ici encore l'évolution doctrinale de l'Eglise suivait de loin son évolution politique. Le Concile de Trente consacrait législativement la solution définitive, préconisée par l'Eglise et, déjà, devenue de pratique courante : la prohibition du divorce et l'admission de la seule séparation de corps. Ce Concile marquait lui-même un temps d'arrêt dans le développement de l'influence de l'Eglise, le commencement de son déclin, le point de départ d'un nouveau cycle. Ce sera la troisième position prise par l'Eglise en face du pouvoir séculier.

Avant, cependant, d'en tracer ici une esquisse, nous devons montrer, à grands traits, quel a été l'instrument de l'évolution, que nous venons de décrire.

(1) Cf. P. Viollet, *Histoire des Institutions Politiques et Administratives de la France*, t. III, p. 143 et suivantes ; J. Brissaud, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 759 et suiv.

§ III. — *Rôle de la jurisprudence ecclésiastique
dans la formation de la séparation de corps.*

En notre matière, les éléments principaux, les facteurs de l'évolution varieront plus ou moins, selon les milieux et selon les époques, mais, elle ne pourra être réalisée que par l'emploi d'un instrument, toujours le même, par l'œuvre patiente et coordonnée de la jurisprudence. Il a fallu à l'Eglise ce merveilleux outil, forgé au cours des siècles, pour lui permettre de réaliser ses vues doctrinales, ce que, certes, elle n'eût, peut-être jamais, pu faire par le seul effet d'un milieu social même très favorable, ou, en vertu de son pouvoir nouveau de légiférer en matière de mariage.

Dès les premiers temps, l'Eglise chrétienne exerça, par la force même de sa prédication morale et de ses dogmes, un contrôle sévère sur la vie et les actes de ses fidèles. Ce pouvoir de juridiction, à l'origine exclusivement disciplinaire et ecclésiastique, s'affermir, et devint, de plus en plus important, au fur et à mesure que l'autorité de l'Eglise s'affermissait dans le monde. Bien plus, la loi antique qui admettait le compromis reconnaissait à l'évêque le droit de juger en qualité d'arbitre et comme tel sans appel. Ce pouvoir disciplinaire devait faire place plus tard, à partir du x^e siècle, à un pouvoir complet de juridiction auquel s'agrégea, par la force naturelle des choses, celui de légiférer en matière de mariage. Mais, ce mouvement ultérieur avait été préparé, graduellement, par un ensemble d'institutions judiciaires, originales, dont deux particulièrement curieuses : la *denunciatio evangelica* et les *accusations synodales*, et, enfin surtout par un mouvement de jurisprudence et de droit coutumier de la plus grande utilité pratique : les *libri pœnitentiales*. Ces *libri pœnitentiales*, constituent les premières assises du droit canonique. Car, produit d'une première formation coutumière, ils fournissent au législateur ecclésiastique, aux Conciles, une ample moisson de faits et

de solutions positives. Ainsi ébauchée par les pénitentiels, l'œuvre créatrice de la jurisprudence ecclésiastique, confirmée par la pratique, pourra se poursuivre, au cours des siècles suivants, avec plus de coordination et de précision, dans de nombreux recueils de droit canon, que les docteurs de l'Eglise, théologiens ou jurisconsultes, viennent à leur tour compléter par leurs travaux et leurs commentaires de toutes sortes. Et les Conciles continuent à enregistrer, au fur et à mesure, les résultats certains auxquels l'on est parvenu. C'est, dans ces conditions, que, non seulement le principe d'indissolubilité a pu prendre corps, pour donner naissance à notre institution ; mais, c'est encore, grâce à cette même formation coutumière lente et continue qu'a pu être construite, défiant l'œuvre du temps, toute la procédure de la séparation de corps avec ses formes, ses causes, ses effets et les cas de non-recevabilité de la demande. Nous dirons, plus loin, dans un chapitre spécial, un mot des causes et des effets de la séparation de corps ; nous avons étudié seulement ici sa genèse.

Telle a été l'œuvre de la jurisprudence ecclésiastique, œuvre considérable à n'en pas douter, dans la formation de la séparation de corps, comme d'ailleurs, de tout le droit canon en général. Cependant nous nous sommes bornés, utilisant les remarquables travaux de nos devanciers (1) sur cette matière, et c'est là notre seul mérite, si ce peut en être un, à dégager les grandes lignes du phénomène. Mais, réduite à ces simples indications, la part que nous avons faite à la jurisprudence serait par trop restreinte, si nous ne signalions, maintenant, la marche inverse du phénomène : la jurisprudence séculière, celle des Parlements, venant arrêter le travail des juges ecclésiastiques, et, en préparer lentement, mais, sûrement, la complète dépossession.

(1) A. Esmein *op. cit.*, J. Basdevant, *Des Rapports de l'Eglise et de l'Etat ; dans la législation du mariage, du Concile de Trente à la Révolution*. Paris, 1900 E. du Trévoux de Breffeuille, *Essai sur les nullités de mariage*, Pau, 1880, pour ne citer que ceux que nous avons consultés le plus souvent.

§ IV. — *Dépossession de la juridiction ecclésiastique au profit de la juridiction royale des causes de séparation de corps.*

Ce mouvement s'est manifesté à partir du ^{xvi}e siècle, au lendemain même du Concile de Trente et sur un terrain, qui semblait définitivement conquis à l'Eglise, sur sa compétence exclusive quant à la validité du mariage et à ses effets sur la personne des époux. Et la juridiction ecclésiastique, malgré son travail séculaire, sera annihilée non certes par une révolution soudaine, mais insensiblement par défaut d'utilisation. Il arriva ce que l'on voit se produire tous les jours dans la nature, chez n'importe quel individu : l'emploi plus fréquent d'un organe développe cet organe et lui donne une puissance proportionnée à la durée de son emploi ; mais, au contraire, le défaut constant d'usage d'un organe quelconque diminue progressivement ses moyens, l'atrophie et finit par le faire disparaître. C'est l'énoncé même de la *loi d'adaptation* de Lamarck et nous en trouvons ici l'application. En effet, ce pouvoir de juridiction de l'Eglise, cet organe que nous avons vu si puissant au cours de la période précédente, ira, désormais, s'affaiblissant jusqu'à ne plus vivre que d'une existence toute théorique en attendant sa disparition complète.

Durant cette nouvelle phase de son histoire, que nous allons maintenant étudier, la position de l'Eglise, la troisième dans le temps, est d'abord, celle d'une associée à qui l'Etat aurait abandonné pendant longtemps, la haute main en matière de législation et de juridiction matrimoniales et à qui il redemanderait timidement des comptes. Puis, la différenciation s'accroît, graduellement, au point qu'il arrive un moment où l'action indépendante de chacune des deux puissances va s'exercer, selon ses lois propres, dans des sphères distinctes. Les deux législations vont suivre des voies parallèles, qui ne leur permettront plus de se rencontrer. A ce point de sa courbe, l'Eglise

revient à la position occupée primitivement par elle *durant les derniers siècles de l'empire romain* et encore sous les rois francs.

Nous avons déjà laissé entrevoir que cela s'est réalisé grâce à un mouvement contraire de la jurisprudence séculière, celle des juridictions royales, mais, au moyen de quels procédés, et quels principes en ont été dégagés par la doctrine ? Car, nous savons — en anticipant quelque peu sur nos conclusions à venir — que le travail de la jurisprudence, tout instinctif, ne suit pas de règles, tracées longtemps à l'avance ; les principes qui s'en dégagent, la doctrine ne peut les formuler qu'après coup, et, pour une œuvre ultérieure, quand elle vient boucher les trous, cimenter les pierres mal jointes, posées sans art les unes sur les autres en vue de l'édifice futur.

La juridiction royale n'eut qu'un dessein, au sortir du moyen âge : reconquérir tout le terrain occupé sur elle par des juridictions concurrentes, seigneuriale ou ecclésiastique. En ce qui concerne la juridiction ecclésiastique, et plus particulièrement pour la connaissance des causes matrimoniales, la lutte dura très longtemps.

Constatons, tout d'abord, que le droit de juridiction de l'Eglise en cette matière ne lui fut jamais directement contesté ; cependant, par des moyens détournés, les juridictions royales arrivèrent à l'en déposséder à leur profit. Les juges royaux se déclarèrent dès le début compétents dans tous les cas dans lesquels le sacrement, le *fœdus matrimonii* n'était pas en jeu, par exemple au cas de nullité du mariage après le décès de l'un des conjoints, ou, encore, à l'occasion de faits prévus et réprimés par les ordonnances, comme ceux de clandestinité, de polygamie, de rapt. Puis, par un second procédé, par l'appel comme d'abus, ils pouvaient toujours connaître des causes, quelles qu'elles fussent, précédemment soumises aux officialités. Enfin, quant à la séparation de corps, *divortium a toro et mensa*, elle arriva même à échapper complètement à la connaissance des juges ecclésiastiques. On n'avait pu en faire un succédané de la séparation de biens ;

mais, on aboutissait au même résultat par la théorie de l'inclusion (1).

§ V. — *Évolution de la doctrine des civilistes.*

L'évolution, qui s'est produite dans la jurisprudence, est parfois obscure, pour l'observateur moderne, par suite de l'attitude résolument respectueuse, que l'on continue à conserver à l'égard du juge d'Eglise, alors que, dans la réalité, on ne s'en soucie aucunement. C'est la doctrine, beaucoup plus dégagée de ces considérations de pure forme, qui nous permettra de mieux saisir le passage de l'idée du mariage-sacrement, indissoluble, au mariage-contrat pour aboutir sous la Révolution à la règle de l'autonomie de la volonté des parties contractantes avec toutes ses conséquences.

La doctrine a passé par trois états successifs. Tout d'abord, au xvi^e siècle, elle était unanime à reconnaître la compétence de l'Eglise quant au lien, *quoad fœdus* et celle de l'Etat quant aux effets civils. Ce partage d'attributions se fondait sur une distinction produite au cours même du Concile de Trente, et dont on retrouve la trace en remontant en arrière jusqu'au xiv^e siècle, la distinction du contrat et du sacrement. Les Pères du Concile l'avaient admise implicitement sinon explicitement, tout en réservant cependant à l'Eglise le seul pouvoir de légiférer en matière de mariage. Mais, la jurisprudence des Parlements et nos anciens auteurs à sa suite, pour mieux assurer le respect des ordonnances et édits royaux, commencèrent à tirer de ce principe une

(1) Pothier, *Traité du Mariage*, p. 518 : « Le juge ecclésiastique est incompétent ; il n'a droit de connaître que les causes dans lesquelles il s'agit *de fœdere matrimonii*, dont il ne s'agit pas dans une demande en séparation d'habitation, cette séparation laissant subsister le lien du mariage ; d'ailleurs la demande en séparation d'habitation renferme aussi celle en séparation de biens ; or toutes les matières qui concernent les biens sont matières profanes dont les juges d'Eglise ne peuvent connaître sans abus. »

solution nouvelle : la compétence exclusive de l'Etat quant aux effets civils du contrat et son pouvoir concurrent avec celui de l'Eglise sur la question du lien du mariage. C'est ce que nous apprenons par Gerbais (1), le plus représentatif de tous les partisans de ce système.

Nos anciens auteurs devaient, cependant, aller encore beaucoup plus loin ; achevant de tirer des décisions des juridictions royales toutes les conséquences qui en découlaient, ils en arrivèrent à cette dernière conception : le contrat civil est préexistant au sacrement et il en constitue le *substratum* (2). C'est l'opinion dominante à la fin de l'Ancien Régime surtout depuis 1753, avec Le Ridant. Cet écrivain, fait entendre une note nouvelle, indice de transformations prochaines. Il ne craint pas, à son époque, de mettre en discussion et le pouvoir de juridiction et celui même de légiférer, non pas reconnu, dit-il, mais abandonné, à titre précaire, aux autorités (3) ecclésiastiques. Quarante ans plus tard, Le Ridant, eût été certainement, au nombre de ceux proclamant que « l'Etat ne considère le mariage que comme contrat civil. » Mais ce mouvement doctrinal, commencé avec nos anciens auteurs, ne devait pas s'en tenir à cette affirmation de principe.

En vertu même de la force acquise, la théorie du mariage-contrat des anciens civilistes, devait être, et fut en effet dépassée par la suite. Au nom du principe de l'inaliénabilité de la liberté individuelle, l'Assemblée législative allait déclarer dans le préambule du décret du 20-25 Septembre 1792 : « combien il importe de faire jouir les Français de la faculté de divorce, qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte ». Et l'aboutissement naturel de tout ce mouvement d'idées

(1) Gerbais, *Traité du pouvoir de l'Eglise et des Princes sur les empêchements au mariage.*

(2) « C'est une maxime écrite dans le *Droit civil et Canonique*, p. 33. Le Ridant.

(3) « Si les princes catholiques semblent avoir laissé à l'Eglise le soin de fixer quelques-uns des empêchements dirimants, et de donner selon sa prudence des dispenses de Mariage..... » Le Ridant, *op. cit.*, p. 585 et 586.

apparaîtra dans l'art. 7, § 1 de ce décret. « Les époux ne pourront être désunis que par le divorce, la séparation de corps est, et demeure abolie ».

Cette conséquence, à prime abord, si lointaine résultait logiquement de la notion du mariage-contrat, substituée à celle du mariage-sacrement. Du moment que le mariage n'était plus conçu comme un état de vie définitif, état même inférieur, disent certains Pères de l'Eglise, à celui de chasteté, la volonté persistante des époux devenait la pierre angulaire du nouvel édifice. Elle n'était pas seulement nécessaire *ab initio*, comme dans tout contrat, à la formation du pacte conjugal, elle devait être durable, car, dorénavant, une volonté contraire survenant ferait obstacle à la continuité du mariage. Cependant, si logiques que nous paraissent ces déductions, quand nous examinons après coup le chemin parcouru, il n'est pourtant pas exagéré de dire que le développement de la théorie du mariage-contrat, conduisant à la ruine du principe de l'indissolubilité du mariage, et par voie de conséquence à celle de son succédané, la séparation de corps, ne se serait jamais produit sans des modifications corrélatives dans les différents éléments du milieu social qui lui servait de support.

§ VI. — *Évolution nouvelle, mais en sens contraire,
du milieu social.*

Ce milieu social nous ne nous proposons pas de le décrire en détail, car cela nous mènerait beaucoup trop loin; cependant, nous devons indiquer les transformations profondes qu'il avait subies et subissait, encore, au moment de l'abolition de la séparation de corps. Il ne nous est pas permis de vouloir ignorer l'évolution considérable des idées et des mœurs, comme celle des conditions économiques, produite insensiblement, depuis la fin du moyen âge. Car, le législateur, en tout temps et en tous lieux, subit l'étreinte du

milieu ambiant ; et celui de la période révolutionnaire semble y avoir échappé moins que tout autre (1).

Parmi les différents facteurs de l'évolution, dont nous avons étudié précédemment le rôle dans la genèse de notre institution, commençons par l'examen de celui qui y a toujours joué un rôle capital : l'élément intellectuel ou moral, en notre espèce, l'élément religieux. Certes, la religion catholique est toujours prépondérante ; c'est elle que pratiquent tous les habitants du royaume. Mais, ce qu'elle a gagné en puissance et en richesses, elle l'a perdu dans le gouvernement des âmes et la direction des intelligences. Le divorce de la religion avec la connaissance s'annonce prochain et irrémédiable : nous sommes, en effet, au siècle de Voltaire, des Encyclopédistes, de Diderot et autres tenants du rationalisme. Cela nous dit assez ce qu'il allait advenir du principe de l'indissolubilité du mariage, dont on avait fait le fondement de l'union conjugale, et la base de la famille. Mais, ce n'étaient pas seulement les cérémonies du culte, c'étaient les cœurs des hommes qu'il aurait fallu garder dans leur pureté première. Or le XVIII^e siècle ne souffrait pas d'un excès de naïveté et de simplicité, pas plus dans le domaine du sentiment religieux que sur le chapitre des mœurs et de la vie de famille.

Quant à la famille, à la solidarité entre parents, elle était loin d'être ce qu'elle était encore deux ou trois siècles auparavant, à la fin de la période féodale, à ce moment où la femme commençait, à peine, à s'affranchir du *mundium perpetuel*. La société du XVIII^e siècle, au contraire, était travaillée par l'individualisme le plus intense, et, comme toujours, l'exemple venait d'en haut. De la Cour, cela gagnait Versailles, de Versailles Paris, et de là, la France entière. La féodalité militaire et terrienne avait disparu. L'aristocratie féodale était devenue une société de salon,

(1) Qu'on lise, en effet, cet aveu dépourvu d'artifice : « L'Assemblée nationale... considérant que déjà plusieurs époux n'ont pas attendu pour jouir des avantages de la disposition constitutionnelle, suivant laquelle le mariage n'est qu'un contrat civil, que la loi eût réglé du divorce, décrété qu'il y a *urgence*. »

avide de plaisirs, d'amusements toujours nouveaux et n'admettant d'autres règles que celles du savoir-vivre, du bon ton et de la parfaite galanterie. Dans ce monde nouveau, l'homme était soumis à la loi de la femme, reine des salons ; et dans les ménages chacun vivait sa vie sans plus s'inquiéter de celle de son conjoint que de celle de n'importe quel étranger. Car « il est de bon air de ne pas vivre ensemble, de s'accorder mutuellement toute tolérance, d'être tout entier au monde (1). En effet, c'est le monde qui fait alors l'opinion, et, par elle, il pousse aux mœurs dont il a besoin. » Ces mœurs, nous pourrions les évoquer, grâce au magistral tableau qu'en trace Taine (2), et par les nombreux témoignages des contemporains (3). Or, quelle liberté plus grande pouvaient donner le divorce et la répudiation à des conjoints portant si allègrement les chaînes d'une union indissoluble ? Ce n'est vraiment qu'à partir de Jean-Jacques Rousseau, à la suite de sa prédication en faveur d'un retour à la nature, que le ton va changer, quoique l'on ne soit pas moins épris de liberté. A la note gaie, et au badinage se substitueront le tour sentimental

(1) Taine, *L'ancien Régime, Les mœurs et les caractères*, liv. II, p. 172.

(2) « Dans un salon, la femme dont on s'occupe le moins c'est la sienne, et à charge de retour ; c'est pourquoi en un temps où l'on ne vit que par le monde et pour le monde, il n'y a pas place pour l'intimité conjugale ». Taine, *op. cit.*, p. 170 et 171.

En ce temps-là, la femme est aussi active que l'homme dans la même carrière, et avec les mêmes armes, qui sont la parole flexible, la grâce engageante, les insinuations, le tact, le sentiment juste du moment opportun, l'art de plaire, de demander et d'obtenir, il n'y a point de dame de la cour qui ne donne des régiments et des bénéfices. A ce titre, la femme a son cortège personnel de solliciteurs et de protégés, et, comme son mari, ses amis, ses ennemis, ses ambitions, ses mécomptes et ses rancunes propres ; rien de plus efficace pour disjoindre un ménage que cette ressemblance des occupations et cette distinction des intérêts.

(3) « Si les mœurs y perdaient, dit un contemporain, cité par Taine, la société y gagnait infiniment ; débarrassée de la gêne et du froid qu'y jette toujours la présence des maris, la liberté y était extrême ; la coquetterie des hommes et des femmes en soutenait la vivacité et fournissait journellement des aventures piquantes. » De Buzenval. *Mémoires*.

« Quand on se plaît, dit Crebillon, on se prend ; s'ennui-t-on l'un avec l'autre, on se quitte avec aussi peu de peine qu'on s'est pris. Revient-on à se plaire, on se reprend avec autant de vivacité que si c'était la première fois qu'on s'engageait ensemble. On se quitte encore et jamais on ne se brouille. » Crebillon fils, *La nuit et le moment*.

et idyllique, le seul employé désormais et même au plus fort de la Révolution. L'on va s'apitoyer, à l'envi, sur le sort de ces forçats du mariage, rivés à une chaîne perpétuelle et vivant une vie contre nature de par le maintien de l'odieuse séparation de corps «cette loi gothique et barbare».

Tel est le chapitre des mœurs. Si nous passons à l'examen des conditions économiques, nous nous trouvons en présence d'un mouvement analogue. L'on tend, de plus en plus, à libérer l'individu des liens, qui le fixent à son groupe et qui sont une entrave au libre jeu de sa personnalité. Le régime foncier, survivance d'un passé disparu, de la féodalité, ne se comprend plus, à une époque, où, les grands seigneurs, ne résidant (1) plus sur leurs terres, mais à la Cour, ne peuvent rendre à leurs tenanciers, locataires ou fermiers, les services de protection et l'aide, que ceux-ci en obtenaient à d'autres époques. Les seigneurs ne manifestent leur existence que par l'augmentation toujours plus forte des redevances de toutes natures, qui grèvent la terre. De toutes parts, on lutte pour l'affranchissement du sol et pour le morcellement, entre les familles, des terres seigneuriales et du domaine de la couronne comme des biens corporatifs, des biens d'Eglise. D'ailleurs, il est un fait certain, c'est qu'à la fin de l'ancien régime, avant même le grand mouvement réalisé sous la Révolution par la vente des biens nationaux, le développement de la petite propriété foncière, à tendance nettement individualiste, gagnait de proche en proche (2). Quoique entravée, dans son essor de libération, par un système compliqué de redevances et, de droits féodaux de toutes sortes, la petite propriété rurale bénéficiait d'usages nouveaux : au point de vue successoral, le partage égal des biens roturiers entre tous

(1) «Ceux qui résidaient ne le faisaient que contraints et forcés, parce que, trop pauvres pour vivre à la ville ; et vivant chichement et desœuvrés sur leurs terres, ils achevaient de disputer à leurs paysans les miettes échappées à la rapacité de l'intendant et de ses subdélégués.» Cf. Taine, *L'Ancien Régime*, la structure de la Société, p. 48.

(2) Cf. sur toute cette partie, V. Sagnac, *La législation civile de la révolution*, p. 58 et suivantes,

les enfants ; et au point de vue familial, la dissociation de beaucoup de ces communautés taisibles, legs funestes du moyen âge au milieu des conditions nouvelles de la vie économique. Pour achever de marquer les variations, survenues dans les conditions économiques, indiquons une dernière transformation : celle des corporations. Les corporations, corps de marchands, communautés de métiers ou d'artisans, dans lesquels s'était concentrée toute l'activité industrielle et commerciale de l'ancien régime subissent, à leur tour, la poussée individualiste. L'organisation corporative avait atteint l'apogée de sa puissance au siècle précédent, grâce à la réglementation de Colbert. Cependant, sous la pression des idées nouvelles, affirmées par les Physiocrates, Turgot croit le moment venu de renverser cet édifice séculaire. Mais, sa réforme n'était pas suivie ; l'opinion publique refusa de la ratifier. Six mois après son départ, son successeur rétablissait en grande partie les corporations supprimées, laissant toutefois un grand nombre de métiers en dehors de toute réglementation. C'était toujours l'amorce de la réforme plus profonde qui devait se réaliser, pendant la Révolution.

Telles furent les variations, que subirent les principaux facteurs de l'évolution de notre institution, depuis la fin du moyen âge, depuis le moment, où nous avons vu s'affirmer si nettement le principe d'autorité, dans la famille, dans la société, comme dans le monde du travail et de l'industrie. Or, tout concourait au contraire, à la fin du XVIII^e siècle, à la disparition de l'ancienne société et des institutions, qui lui servaient de fondement ; des transformations nouvelles allaient se produire sous l'influence des variations que nous connaissons.

Il nous resterait, maintenant, à faire connaître, si nous voulions absolument ne rien laisser dans l'ombre, l'état général de l'opinion à la fin du XVIII^e siècle, à suivre, au théâtre, dans le roman et dans la presse, le développement des idées individualistes dont nous venons de montrer l'importance en étudiant les principaux facteurs de l'évolution de la séparation de corps. Mais, cela nous conduirait

beaucoup trop loin, sur un terrain plus littéraire que vraiment juridique, et, puis, somme toute, forcé de nous borner, nous nous sommes attaché à l'examen des facteurs primaires de cette évolution ; un aperçu de la littérature générale ou de l'état de l'opinion, qui n'est que le reflet des idées et des mœurs, comme des conditions économiques d'une époque, facteur, à notre avis, très secondaire, n'ajouterait rien, ou, presque rien, aux résultats de nos observations.

CHAPITRE IV

LA SÉPARATION DE CORPS ET LA PRATIQUE JURISPRUDENTIELLE

Nous venons de montrer sous l'influence de quels facteurs, et comment notre institution a évolué dans l'ancien droit. Mais, avant d'aborder la seconde partie de notre travail, la renaissance de la séparation de corps dans le Code civil, donnons un aperçu de ce qu'il est advenu de la séparation de corps dans la pratique, autrement dit, comment les officialités, d'abord, puis les Parlements, ensuite, ont successivement réalisé le *divortium quoad torum et mensam*, qui fonctionnait, désormais, seul.

Nous avons déjà dit (1) que si l'on ne tient compte que des faits et non des mots, l'on a le droit d'affirmer que le Droit Canonique, quoiqu'il ait pros crit le divorce, continue de l'admettre encore dans les deux hypothèses suivantes : 1^o la non-consommation du mariage, 2^o le *casus apostoli* (2),

(1) V^o *supra*, p. 16, note 1.

(2) appelé encore *privilegium Paulinum*. C'est fondé sur le texte de Saint-Paul qui dit dans son Epître aux Corinthiens, I, VII, n^{os} 12 à 15 :

‡ 12 : *Nam coeteris ego dico, non Dominus : Si quis frater uxorem habet infidelem et haec consensit habitare cum illo non dimittat illam.*

‡ 13 : « *Et si mulier fidelis habet virum infidelem et hic consensit habitare cum illa, non dimittat virum.* »

‡ 14 : . . . (sans intérêt.)

‡ 15 : « *Quos si infidelis discedit discedat ; non enim servitutis subjectus est frater aut soror in hujusmodi, in pace autem vocavit nos Dominus.* »

dont il a fait des nullités pour des causes postérieures à la célébration du mariage. Mais, ce ne sont pas les deux seules causes de nullité admises. La liste complète ne fut pas arrêtée du premier coup : il y eut là toute une évolution qu'il nous suffira de signaler. Cependant, aux cas de nullité admis par le droit canonique, les parlements, sous la pression de la Royauté, en ont ajouté trois autres : le défaut de raison, le défaut de consentement des ascendants, et l'hérésie.

Il en résulte que les deux énumérations ne concordent (1) pas absolument, ainsi que nous le montrent ces vers latins que nous reproduisons d'après Denisart (2) et dans lesquels, les empêchements du droit canonique sont précédés d'un chiffre arabe, et ceux du droit civil surmontés d'un chiffre romain.

- | | | | | |
|---|--------|----|--------|----------|
| XVI | XVI | V | VII-IX | XII-XIII |
| 1 <i>Error</i> , 2 <i>conditio</i> , 3 <i>potum</i> , 4 <i>cognatio</i> , 5 <i>crimen</i> . | | | | |
| XIV | XVI | VI | IV | X |
| 6 <i>Cultus disparitas</i> , 7 <i>vis</i> , 8 <i>ordo</i> , 9 <i>ligamen</i> , 10 <i>honestas</i> . | | | | |
| VIII | II-III | | | |
| 11 <i>Si sis affinis</i> , 12 <i>si forte coire nequibus</i> . | | | | |
| | XVIII | | | |
| 13 <i>Si parochi duplicis desit praesentia testis</i> . | | | | |
| | XI | | | |
| 14 <i>Raptavæ sit mulier nec parti reddita tutae</i> . | | | | |
| <i>Haec facienda vetant connubia facta retractant</i> . | | | | |

Tels sont, donc, les tempéraments très sérieux, qui ont été apportés, dans la pratique, à la règle de l'indissolubilité du lien matrimonial. A de certaines époques, l'on ne s'est

(1) Les empêchements canoniques sont au nombre de quinze tout en tenant compte de ce que : *Error*, *conditio* et *vis* ne forment qu'un empêchement en droit civil : le défaut de consentement des parties ; la *cognatio*, comprend la parenté naturelle et la parenté spirituelle ; le *crimen*, le meurtre et l'adultère ; et le n^o 12 *si forte coire nequibus*, l'impureté et l'impuissance.

(2) Édition de 1786 revue et augmentée, t. VII, V^o *Empêchements*,

pas fait faute de les employer (1). Mais, à ceux qui ne voulaient, par scrupule de conscience, ou ne pouvaient, faute parfois de ressources suffisantes, s'engager dans une procédure en nullité de mariage, restait la séparation de corps.

Examinons brièvement quelles ont été les causes et les effets de la séparation de corps dans l'ancien droit, ce qui nous permettra de mieux marquer la différence existant entre le *divortium quoad torum et mensam* et la séparation du Code civil. Cependant, à ce point de vue même, nous aurons à diviser l'ancien droit en deux périodes : la jurisprudence ecclésiastique et celle des parlements ayant montré une certaine divergence de vues dans l'admission des causes et des effets de ce *divortium*.

(1) Voir en ce sens Esmein, *op. cit.* t. III, p. 281. « Vers le milieu du xvii^e siècle, le congrès, devint en quelque sorte de style et de droit commun, dans les actions en nullité de mariage fondées sur l'impuissance du mari, et les femmes éhontées, qui, en intentant ces actions, n'avaient souvent pour but que de poursuivre et déguiser un véritable divorce, ne manquaient jamais d'en faire la demande dès le début du procès ». Voir les notes des pages 280 à 283 du t. II et la liste des auteurs du xvii^e siècle qui s'élevaient contre le scandale de la procédure du congrès qui finit par être abandonné car elle allait à l'encontre du but poursuivi : fournir la preuve manifeste de l'impuissance alléguée ». Voir encore comment des plaideurs avisés cherchaient à faire prononcer la nullité de leur mariage, qui était parfaitement valable, par les exemples qu'en donnent Pothier, *op. cit.*, t. VI, et Denisart, *op. cit.*, t. III, n^o 63.

Si nous remontons bien plus en arrière, à l'époque féodale où la foi était très vive, voici ce que nous recueillons chez un de ceux qui ont le plus étudié le moyen âge, l'historien Achille Luchaire : *La société française au temps de Philippe-Auguste*, Paris 1909, p. 387 : « le plus léger motif, le moindre défaut physique, une simple maladie peut déterminer les hommes à la répudiation ; mais les documents permettent d'affirmer que beaucoup de ruptures sont le fait d'un divorce par consentement mutuel. L'Eglise essaie vainement d'opposer son veto ; elle est débordée, obligée de fermer les yeux. Pourtant dans ce milieu catholique, le principe de l'indissolubilité du mariage devrait avoir force de loi. Simple apparence ! Une autre règle ecclésiastique, très rigoureuse, celle qui interdit les unions consanguines, même à des degrés de parenté éloignés, donne toutes facilités à ces tempéraments mobiles. Et grâce à la complicité des clercs, les mariages se brisent aussi aisément qu'ils se concluent ». Voir du même auteur : *Au temps de la féodalité. Mariages et divorces*, dans la *Revue Bleue*, 1908, 1^{er} semestre, p. 39.

§ I^{er}. — *Le divortium quoad torum et mensam*
d'après le droit canonique ; ses causes et ses effets.

Quant aux causes qui pouvaient amener le juge d'Eglise à ordonner la cessation de la cohabitation, il y eut là, encore, une évolution assez lente, que nous ne pouvons qu'indiquer en passant. En effet, l'on admit, tout d'abord, qu'une seule cause de *divortium quoad torum* qui était la même que celle du *divortium quoad vinculum aut fœdus* avant sa disparition, savoir : l'adultère de l'un des époux. L'on s'appuyait sur le texte bien connu de Saint Mathieu, sur son *nisi ob fornicationem* !

Bornons-nous ici à enregistrer les causes déterminées de *divortium*, définitivement admises dans la véritable doctrine canonique, arrivée à son plein développement, c'est-à-dire, à la veille du concile de Trente ; elles étaient au nombre de trois, ou, ce qu'il serait plus exact de dire, il faut les grouper sous trois chefs : la *fornicatio carnalis*, la *fornicatio spiritualis* et les *saevitiae*. C'est par un élargissement de la notion de *fornicatio*, que l'on arriva à distinguer la *fornicatio carnalis* et la *fornicatio spiritualis* ; puis, par une généralisation encore plus grande de la notion de danger l'on passa du danger moral au danger physique et enfin aux *saevitiae*, dernier terme de la théorie.

A) *Fornicatio carnalis, adultère.* — L'adultère était toujours une cause de séparation de corps, qu'il fût commis par le mari ou par la femme. A l'opposé de ce que nous verrons par la suite du XVI^e au XVIII^e siècle avec les Parlements, les canonistes admettaient l'égalité (1) la plus complète entre l'homme et la femme. Enfin, ils assimilaient

(1) L'on admit d'abord que le mari seul pouvait poursuivre sa femme au criminel et que la femme ne pouvait qu'agir au civil devant l'official pour obtenir la séparation de corps. Mais le principe qui triompha fut l'égalité complète entre les deux époux. Cf. Esmein, *op. cit.*, t. II, p. 5.

à l'adultère tout acte (1) contre nature accompli par le mari ou par la femme, que ce fût par l'un des époux sur son conjoint ou sur une personne étrangère.

Mais, les époux peuvent s'opposer l'un à l'autre dans une procédure de *divortium*, basée sur l'adultère, diverses exceptions, qui sont des fins de non-recevoir absolues : 1^o la réciprocité de faute, 2^o la turpitude du mari qui a prostitué sa femme, 3^o la bonne foi de l'époux coupable qui croyait son conjoint décédé, 4^o la violence subie par la femme non consentante, 5^o la réconciliation survenue par la suite entre les deux époux.

B) Fornicatio spiritualis. — C'était l'apostasie ou l'hérésie (2) de l'un des conjoints. Il y avait là, évidemment, danger pour le salut de l'âme de l'autre époux et celui-ci pouvait demander la séparation. D'une manière générale, l'on peut dire, qu'il y a *fornicatio spiritualis*, toutes les fois que l'un des époux par sa mauvaise conduite, par ses conseils, incite l'autre à pécher (à commettre un délit) et l'expose ainsi à un danger moral, grave et certain.

C) Saevitiae. — Du mal moral au danger physique, évident, au danger de mort, il n'y avait qu'un pas qui fut vite franchi, par la suite, avec l'admission de cette troisième cause de *divortium*.

La folie furieuse rentrait dans ce cas quand elle mettait la vie de l'autre conjoint en danger. La folie ordinaire, passagère ou incurable ne constituait pas une cause de *divortium*.

Quant aux maladies contagieuses, notamment la lèpre, elles n'étaient pas de justes causes de séparation de corps. Cependant, au sujet de la lèpre, cette maladie qui épouvanta

(1) Voir Chap. XI, XII, chap. XXXII, qu. 4 ; Chap. XXXII, qu. 7 ; et la glose V^o *Sodomia* *Item quid dices si propiam uxorem polluit extra claustra pudoris, vel se ipsum polluit propriis manibus... quia nomine moechiae omnis illicitus concubitus, et illicitus membrorum usus continetur.*

(2) Voir Chap. I, VI, VII, X, *De Divortiis*, IX, XIX et Vallensis, *eod. loc.*, II, n^o 1.

le moyen âge, il y eut beaucoup d'hésitation. Ce fut une cause de divorce absolu tant que le divorce fut admis ; mais, après son abolition, l'on se borna à dispenser le conjoint du lépreux de l'accomplissement du devoir conjugal. Il est vrai de dire, comme le fait remarquer M. Esmein (1) qu'à cette époque existait déjà des léproseries.

Mais, si le droit canonique se refuse, dans sa conception élevée des devoirs conjugaux, à considérer une maladie contagieuse ou honteuse comme une cause de *divortium*, c'est à la condition que l'époux malade n'aurait pas sciemment et volontairement contaminé son conjoint. Il n'en serait plus de même dans cette dernière hypothèse (2).

Passons aux effets du *divortium quoad torum* et *habitationem* et quant à la personne des époux et quant à leurs biens.

Comme nous l'avons déjà dit plus haut la première conséquence de la séparation, c'est de mettre fin entre les époux : 1^o au devoir conjugal, 2^o au devoir de cohabitation et aux obligations secondaires qui en dérivent. Mettait-elle fin à l'obligation alimentaire ? En principe non (3), et, notamment, au cas où le *divortium* avait été prononcé pour des *saevitiae*, quoique l'opinion contraire (4) ait été soutenue ; mais la conciliation entre les deux systèmes résulte de ce fait, qu'il ne faut pas perdre de vue : l'official pouvait toujours dans sa sentence imposer telle ou telle obligation particulière aux deux époux ou à l'un deux, de même qu'il pouvait prononcer la séparation *ad tempus*, pour un certain temps.

Nous venons de dire que le juge d'Eglise pouvait prononcer le *divortium* pour une durée déterminée, hypothèse la plus fréquente au cas de *saevitia*. Y avait-il des cas où il pouvait imposer la *reassociatio* aux époux séparés ? Pour

(1) Pour de plus détails sur cette question voir Esmein, *op. cit.* t. II, p. 12 à 13, et p. 65 à 82.

(2) En ce sens, André et Cornis, *Dict. de Droit Canonique*, Paris, 1894, t. III, V^o Séparation, p. 498.

(3) L'opinion qui a prévalu s'appuie avec raison sur Chap. I, x, *De Divortus*, n^o 12 : « *Divortio facto, maritus tenetur praestare alimenta uxori.* »

(4) Elle s'appuie sur un jugement de l'Officialité de Cerisy de 1371.

ÿ répondre, diverses hypothèses sont à envisager. Nous écarterons de suite celle, toujours possible, d'une réconciliation volontaire survenant entre les deux époux. Dans le cas d'adultère, chassant les souvenirs du droit romain (1), l'Eglise admit que l'époux innocent pouvait pardonner à l'époux coupable. Cette solution fut généralisée dans tous les cas (2) de *divortium*. Car ce n'était pas au profit de l'époux coupable qu'avait été rendue la sentence ; il ne pouvait opposer *l'exceptio reijudicatae* à la demande de son conjoint. Enfin, si la cause, qui avait amené la séparation, venait à disparaître, au cas d'hérésie, par exemple, la réconciliation s'imposait. Elle ne l'était pas moins, quand l'époux innocent originairement demandeur, tombait dans la même faute que son conjoint : tel était le cas d'adultère que nous avons précédemment exposé.

Tout ceci résultait de ce principe fondamental, que la séparation de corps, qui n'entraînait qu'un relâchement du lien conjugal, laissait toujours subsister la possibilité d'une réconciliation entre les époux.

Quant aux biens, le *divortium quoad torum et mensam* entraînait le *divortium quoad bona*. Fait, à première vue, curieux, mais, après tout, conforme aux nécessités de la vie, qu'un droit réaliste comme l'était le droit canonique se devait de faire prévaloir : la femme séparée de corps reprenait, comme nous dirions aujourd'hui, sa pleine capacité civile. La femme innocente devait reprendre naturellement sa dot et sa part également de la communauté qui était dissoute. Et le mari coupable perdait la *donatis propter nuptias*, qu'il avait faite à son conjoint, conformément au principe de l'assimilation de la faute du mari à celle de la femme. Dans l'hypothèse inverse, celle de la culpabilité de l'épouse, elle perdait sa dot, son douaire, mais pas ses paraphernaux.

Tels sont, en résumé, les causes et les effets du *divortium* à cette époque ; nous allons voir qu'ils ont quelque peu

(1) La *Lex Julia de adulteriis coercendis*.

(2) Cf. *Panorminatus* sur Chap. III, x. *De Divortiis*.

varié quand la juridiction ecclésiastique a été dépossédée au profit de la juridiction royale de toutes les causes qui ne touchaient pas le *fœdus*, le lien même du mariage.

§ II. — *La séparation de corps*
d'après la jurisprudence des Parlements.

L'on ne peut s'empêcher de constater que les causes du *divortium quoad torum et habitationem* sont plus restrictives qu'à l'époque antérieure. Ce sont toujours les juges, qui tranchent souverainement en cette matière. Pothier nous dit : « l'on doit laisser entièrement à l'arbitrage et à la prudence des juges les causes de séparation (1). » Et, de fait, ils ont modifié sensiblement la jurisprudence des Officialités.

C'est ainsi que disparaît l'égalité admise par le droit canonique entre les deux époux, et que les causes de la séparation de corps se sont plus les mêmes, selon que la demande a été formée par le mari ou par la femme.

A) Séparation de corps demandée par le mari.

Adultère. — C'est l'unique (2) cause que puisse, désormais, invoquer le mari. Mais, les Parlements sont plus sévères pour l'adultère de la femme que ne l'était le droit canonique : le mari ne peut plus introduire une action, purement civile en séparation, basée sur l'adultère de la femme. La demande en séparation doit être l'accessoire d'une poursuite au criminel. Et la femme doit avoir été condamnée à la peine de l'*authentique*, avant que la séparation de corps ne soit prononcée. Les fins de non-recevoir sont les mêmes que celles du droit canonique à l'exception de celle tirée de l'adultère postérieur du mari, puisque l'adultère de l'homme n'est plus une cause

(1) Pothier, *op. cit.*, n° 508, *in fine*, p. 236.

(2) L'on ne comprendrait pas à cette époque que le mari, « maître et seigneur », de sa femme, puisse invoquer les mauvais traitements ou sévices qu'il subirait de son conjoint

de séparation. Pour justifier cette solution, nos civilistes, qui sont avant tout des romanistes, donnent indépendamment de l'autorité du droit romain, toujours reconnue par eux, des arguments qui sont bien faibles, mais, que nous ne pouvons nous empêcher de signaler. Nous les retrouverons chez les rédacteurs du code civil, au cours de la discussion au Conseil d'Etat: l'adultère de la femme cause un trouble social plus grand que celui du mari; elle introduit dans la famille du mari des enfants qui ne sont pas les siens; enfin, il n'appartient (1) pas à la femme qui est une inférieure, d'avoir inspection sur la conduite de son mari qui est son supérieur.

Disons encore que l'action intentée par le mari de son vivant passera à ses héritiers. Mais, le ministère public ne saurait l'exercer sans avoir été saisi d'une plainte du mari, à moins, toutefois, qu'il ne se trouve en présence de l'inaction d'un époux, complice de la prostitution de sa femme. Enfin, des « tiers (2) pourraient intenter l'accusation d'adultère par forme d'exception, pour faire priver une femme des donations ou autres avantages qui lui sont faits par son complice. »

Quant aux effets d'une séparation de corps ainsi prononcée pour cause d'adultère de la femme, nous les connaissons déjà. Sauf l'emploi du fouet, qui avait été abandonné, l'on suivait, comme à l'époque précédente, la disposition de l'*Authentique* « *Sed Hodie* », pour la peine à infliger: l'épouse coupable était enfermée pour une durée de deux années dans un monastère où son mari pouvait la visiter et l'en retirer même si bon lui semblait, sinon à l'expiration de cette peine, ou au cas de prédécès du mari, elle était rasée, voilée, et condamnée à y demeurer le reste de ses jours, vivant selon la règle de la maison.

Pour les biens, nous rappelle Denisart (3): « la dot est acquise au mari, et elle, la femme, est privée de ses autres

(1) Pothier. *op. cit.* n° 516.

(2) Denisart, *op. cit.*, V° *Adultère*, n° 20.

(3) V° *adultère* nos 3 et 7, t. 1^{er}, 6^e édition, Paris 1768.

conventions matrimoniales, c'est-à-dire, du domaine, de la communauté, du préciput, du gain de survie, des donations et autre avantages, lorsqu'il n'y a point d'enfants. »

Certains arrêts allaient même parfois jusqu'à adjuger au mari les propres de sa femme, convaincue d'adultère. Cependant, au temps de Pothier, était-ce sous l'influence d'idées nouvelles, indice de transformations prochaines, l'on était arrivé à décider que la femme, ainsi enfermée, n'était pas morte civilement et que, par suite, elle pouvait, après la mort de son mari, sortir du monastère pour se remarier, si elle trouvait un époux.

B) Séparation de corps demandée par la femme.

Nous grouperons sous deux chefs, les causes qu'il reste permis à la femme d'invoquer, depuis que l'adultère de l'homme ne l'est plus.

Mauvais traitements ou sévices. — Les mauvais traitements que le mari exerce envers sa femme sont, dit Pothier, (1) une des causes les plus ordinaires de séparation. Mais le juge, pour les apprécier, s'empresse-t-il d'ajouter, doit tenir compte de toutes les circonstances qui les accompagnent. Il doit avoir égard « à la qualité des parties », prendre en considération les provocations dont le mari aurait été l'objet de la part de sa femme et enfin, voir s'il est coutumier, ou non, de ce fait.

Injures et diffamations. — L'accusation d'un crime capital reconnue fautive est une juste cause de séparation. Elle constitue, dit encore Pothier (2), une injure qui doit être plus sensible à la femme que ne le seraient les sévices les plus cruels que son mari aurait exercés contre elle.

Denisart (3) cite, dans le même ordre d'idées, comme

(1) *Op. cit.*, n° 509,

(2) *Op. cit.*, n° 512.

(3) *Op. cit.*, t. III, n° 71.

cas admis de séparation des accusations, reconnues mensongères, d'empoisonnement, d'adultère, et, enfin, le cas d'indignité, d'un mari qui, pour reprendre sa liberté, avait voulu faire annuler son mariage. Peu s'en fallut qu'il ne réussît, si, au cours de la procédure d'appel comme d'abus de la célébration du mariage, la femme d'abord consentante, puis, prise de scrupules, n'eût dévoilé la supercherie.

Enfin, le refus persistant, et dûment constaté, d'un mari de fournir des aliments à son épouse, infirme, et dans le dénûment, a été considéré « comme une juste cause » de séparation (1).

Par ces différents exemples, nous voyons que, tous les mauvais traitements moraux, ce que nous appellerions des injures graves, constituaient des causes légitimes de séparation de corps.

Quant aux effets de ce *divortium* sur la capacité juridique de la femme séparée, nous allons voir qu'il y a, ici à ce point de vue, une notable différence avec ce que lui reconnaissait le droit canonique. La capacité, dit Denisart (2), est celle d'une femme séparée de biens; or, cette dernière, n'est pas plus capable qu'un mineur émancipé ordinaire. Ce n'est plus la capacité dont elle jouissait antérieurement ainsi que le reconnaît notre auteur (3), qui indique même les quelques rares coutumes dans lesquelles, l'ancien état de choses avait subsisté. Les raisons qu'il donne de cette modification sont bien faibles. L'on croit déjà entendre les membres du Conseil d'Etat qui ont si souvent trouvé leur inspiration dans Pothier et dans Denisart quand on rencontre de tels arguments pour justifier les pouvoirs du mari sur les biens de sa femme après la séparation de corps : « l'espérance de cette réconciliation fait que le mari

(1) Pothier, *op. cit.*, n° 511.

(2) *Op. cit.*, t. III, n° 63.

(3) Denisart, *op. cit.*, n° 64.

« On pensait autrefois que la femme séparée pouvait contracter avec la même liberté que si elle n'eût été mariée; on voit les vestiges de cette opinion dans Dumoulin, sur le paragraphe 25 de l'*ancienne coutume de Paris*, n° 13, et dans Chopin. Il nous reste même trois Coutumes qui le déclarent expressément; savoir, Montargis, Chap. 8, art. 6; Sedan, art. 97; et Dunois, art. 58. »

conserve toujours un intérêt réel à empêcher la dissipation des biens de la femme ». Et, d'ailleurs, ajoute Denisart au paragraphe suivant, « le contraire serait trop dur (*sic*) pour le mari et trop dangereux pour la femme. »

Disons, pour rester impartial, que si la jurisprudence séculière se montre sur ce point plus dure que sa devancière, elle a pris une position plus nette sur la question des aliments désormais toujours dus par le mari à sa femme, qui serait dans le besoin (1). Cela a été l'amorce du principe de notre pension alimentaire moderne, basée, en cas de séparation de corps, sur l'article 212 du Code civil.

(1) Denisart, V^o *Aliments*, t. I^{er}, n^o 15 : « Le mari doit des aliments à sa femme indigente, lors même qu'elle ne lui a apporté aucune dot, qu'elle est séparée d'habitation avec lui par autorité de justice. »

DEUXIÈME PARTIE

LA RENAISSANCE DE LA SÉPARATION DE CORPS
DANS LE CODE CIVIL

CHAPITRE V

LE PROJET DE CODE CIVIL DE L'AN IX ET LA SÉPARATION DE CORPS

Il eût été fort intéressant, peut-être, de suivre quelque peu, durant la période révolutionnaire, les effets de la nouvelle législation du divorce dans la désagrégation de la famille française et d'en marquer les fluctuations : après l'engouement des premières années, le recul très marqué qui succéda. Mais, cette question a déjà fait l'objet d'excellentes monographies et de travaux remarquables; elle sera laissée en dehors de notre sujet. Bien que la vie n'admette pas les solutions de continuité; car tout s'enchaîne dans la série infinie des phénomènes, et l'abus du divorce devait amener fatalement bien des gens à regretter le mariage indissoluble; nous ne sommes pas moins forcé de procéder ici à une coupure nécessaire en vue d'une meilleure exposition de notre travail.

§ 1^{er}. — *L'esprit de la législation révolutionnaire
et des projets de codification antérieurs à celui de l'an IX.*

La loi du 20-25 septembre 1792 semblait avoir aboli pour toujours la séparation de corps. « A l'avenir, disait son article 7, § 1^{er}, aucune séparation de corps ne pourra

être prononcée ; les époux ne pourront être désunis que par le divorce. » C'était le divorce, le divorce seul, « Dieu tutélaire de l'hymen (1) », qui allait régner dans les foyers et faire respecter partout la « sainteté du mariage civil ». Mais, tel un dieu ou un héros d'Homère, la divinité nouvelle ne garda aucune mesure ; elle fut d'une facilité déplorable. Bientôt, l'on put constater que le nombre des divorces atteignait la moitié de celui des mariages (2). De là, la réaction toute naturelle qui suivit ; et elle se manifesta dans toute son ampleur, lors de la rédaction du Code civil. Car, si l'on va toujours de l'union indissoluble au mariage dissoluble, l'abus du divorce, qui en résulte, contraint le législateur à forger de nouvelles chaînes pour contenir les effets d'un individualisme sans bornes, et le terme ultime de cette nouvelle évolution est un retour à l'indissolubilité du mariage.

Cependant, les rédacteurs du Code voulaient conserver le divorce comme moindre mal, comme remède à une situation intolérable, mais, non plus seulement comme étant la conséquence du principe de l'inaliénabilité de la personne humaine « dont un engagement indissoluble serait la perte ». Et ce divorce, non pas élargi davantage, mais, au contraire, épuré, ramené à sa plus simple expression, ne devait-il pas suffire ? Pourquoi le rétablissement de la séparation de corps, que l'on croyait bien morte, et, dont, au début, personne ne parlait, comme nous le verrons en examinant les divers projets de codification, qui ont précédé le projet de code civil de l'an VIII, présenté par la commission du gouvernement. Et ce projet lui-même, d'ailleurs, si on laisse de côté le discours préliminaire, œuvre personnelle de Portalis, n'offre rien de dissemblable avec les projets antérieurs.

Sans doute, la loi du 20-25 septembre 1792 et les

(1) Voir, à ce propos tout le discours de Chaumette que donne Damas dans *Les Origines du divorce en France. Etude historique sur la loi du 20 Septembre 1792*. Thèse Bordeaux, 1897.

(2) O. Martin, *La crise du Mariage dans la législation intermédiaire*. Thèse Paris.

lois qui suivirent (1), surtout celle du 4-9 floréal an II, (23-28 avril 1794), eurent les plus funestes effets sur la société et les mœurs de la Révolution ; elles amenèrent presque la faillite du mariage. Aussi de toutes parts s'étaient élevées des protestations contre la fréquence des divorces, protestations qui avaient amené bien avant Brumaire, l'application des mesures (2), destinées à atténuer les facilités trop grandes de divorcer. Mais, nul, parmi les gens, au pouvoir, ne songeait à remettre en discussion ce qui semblait être une des conquêtes les plus définitives de la Révolution. Pour tous, il s'agissait de réaliser l'œuvre de cette révolution dans ce qu'elle avait de plus durable (3), car, il ne faut pas l'oublier, l'état des mœurs, les conditions économiques et les autres facteurs de l'évolution, tels que nous les avons décrits à la fin de l'Ancien Régime, n'avaient point subi, au cours de la période révolutionnaire, de modifications nécessitant un retour au passé. Bien au contraire, leurs caractères n'en étaient sortis que plus accusés ; et, ce à quoi l'on s'efforçait, au lendemain de Brumaire, c'était d'atténuer ce que le nouveau décor avait de trop cru, de trop blessant pour l'œil ; de le jeter par terre, il n'en était pas, il ne pouvait en être question (4). Donc, à quoi correspond cette restauration de la séparation de corps à laquelle nous allons maintenant assister, puisque rien n'indiquait un retour au mariage indissoluble ?

Pour établir la cause directe de ce phénomène, nous

(1) Signalons les lois des 8 et 14 Nivôse an III (28 Décembre 1793 — 3 Janvier 1794) et 4-9 Floréal an II (23-28 avril 1794), dont l'application doit être suspendue par la loi du 15 Thermidor, an III (15 août 1795). Voir ce qu'en dit O. Martin. *op. cit.*, p. 85 et suiv.

(2) Loi du 15 Thermidor an III.

(3) « Nous avons fini le Roman de la Révolution », s'était écrié un jour Napoléon Bonaparte ; il faut en commencer l'histoire et voir ce qu'il y a de réel et de possible dans l'application des principes et non ce qu'il y a de spéculatif et d'hypothétique. Suivre une autre marche serait philosopher et non gouverner. »

(4) « La Révolution française qui, après s'être annoncée comme une idylle, avait abouti à une si terrible tragédie, n'avait converti ni ceux qui l'avait faite, ni ceux qui en avaient souffert ; et l'esprit du XVIII^e siècle dominait encore dans les sociétés littéraires et les corps politiques », Cardinal Mathieu, *Le Concordat de 1801*, p. 33.

allons examiner les conditions, qui ont pu l'avoir déterminé, et, par voie d'élimination, nous arriverons à la cause résiduelle.

Nous avons déjà dit que la renaissance de la séparation de corps n'est pas due à de profondes et subites modifications, survenues dans cet ensemble de facteurs, dont la composante constitue le milieu social. Ce qui le prouve, car, nous ne saurions nous borner à une simple affirmation, c'est l'esprit dans lequel ont été rédigés les projets successifs précédant celui de l'an VIII, celui de la commission du gouvernement consulaire.

Ces divers projets, conçus sous la pression de l'opinion publique, sont bien en fonction du milieu social, et, par conséquent, constituent la meilleure des démonstrations de ce que nous avons précédemment avancé. Or, ils procèdent tous de la même inspiration, jusque et y compris celui de Jacqueminot qui vit le jour six semaines après le 18 Brumaire.

Que trouvons-nous, en effet, comme fondement du divorce, dans le rapport (1) qui sert de préambule au premier projet de Cambacérès : « Le pacte (2) matrimonial doit son

(1) Voir Fenet, *op. cit.*, t. I^{er} p. 14 et suivantes, le rapport et le projet soumis par Cambacérès à la Convention nationale, au nom du Comité de législation, séance du 9 août 1793.

(2) Cambacérès montre bien là que sa conception du divorce découle de la théorie du droit naturel qui exerça la plus grande influence sur les hommes de la Révolution et même encore sur beaucoup de rédacteurs du Code civil. Si nous cherchons à qui il se rattache le plus immédiatement et où il a puisé son inspiration nous trouvons de suite ce passage célèbre de J.-J. Rousseau au livre I^{er}, Chap. II du *Contrat social*, *Des Premières sociétés* : « La plus ancienne de toutes les sociétés, la seule naturelle, est celle de la famille, etc., la famille elle-même ne se maintient que par convention. »

Mais si nous voulons recueillir la théorie dans toute sa pureté primitive, force nous est de remonter à la source même au pasteur Jurieu. Voir la XVI^e lettre de ses *Lettres pastorales adressées aux fidèles de France, qui gémissent sous la captivité de Babylone*. Rotterdam 1689, t. III, p. 371 et 372, « Il n'y a point de relation au monde qui ne soit fondée sur un pacte mutuel ou exprès ou tacite.... Il n'y a aucune relation de maître, de serviteur, de père, d'enfant, de mari, de femme qui ne soit établie sur un pacte mutuel et sur des obligations mutuelles, en sorte que, quand une des parties anéantit ces obligations, elles sont anéanties de l'autre. Cela se voit dans les relations, qui sont ou de nécessité, comme celle de père et de fils, ou comme de nécessité, comme celle de mari et de femme... Un mari qui abuse de son pouvoir sur sa femme par cela même la met en droit de demander la protection des lois, de rompre.

origine au droit naturel ; il a été perfectionné et fortifié par les institutions sociales ; la volonté des époux en fait la substance ; le changement de cette volonté en opère la dissolution : de là, le principe du divorce. » C'est cette conception que l'on rencontre dans les tentatives de codification qui ont suivi, plus ou moins atténuée peut-être dans la forme, selon les fluctuations du mouvement révolutionnaire, mais identique à elle-même dans son inspiration primitive.

Dans le second projet (1) de code civil présenté guère plus d'un an après, Cambacérès invoque encore le principe de la volonté de la personne humaine qui est inaliénable et peut toujours revenir sur ce qu'elle a tout d'abord concédé.

Bien plus, dans son troisième projet présenté en l'an IV (2), après le 9 Thermidor, après les désordres de l'an III, à un moment où la réaction thermidorienne se faisait sentir le plus, nous constatons encore chez Cambacérès, qui est, il est vrai, plus modéré dans la forme, que la pensée qui le guide procède toujours du même principe : « le divorce est fondé sur la nature... sur le droit de liberté personnelle, (3) tandis qu'au contraire, l'indissolubilité qui n'est pas une loi de la nature, ne saurait être une loi de la société conjugale ».

Arrivons, enfin, au quatrième et avant-dernier projet de rédaction du code civil, au projet de Jacqueminot (4), qui devance (5) de 13 mois à peine celui de Portalis. Il est bien dans le goût du jour, car son auteur, dans le Discours Préliminaire, désavoue nettement les extravagances du

tout lien et toute communion, de résister en un mot à toutes ses volontés. Ce serait donc une chose étrange que les droits des souverains, qui ne sont que de pure institution, allassent plus loin que les droits naturels des pères et des maris... »

(1) Présenté à la Convention Nationale au nom du Comité de Législation, à la séance du 23 Fructidor, an II, 9 septembre 1794. Voir Fenet t. I^{er}, p. 99 et suivantes.

(2) Au Conseil des Cinq-Cents, Voir Fenet, t. I, p. 140 et suivantes.

(3) Voir Fenet, *op. cit.*, p. 158.

(4) Voir Fenet, t. I^{er}, p. 327.

(5) Il fut présenté au lendemain de Brumaire, le 30 Frimaire, an VIII (21 Décembre 1799), à la Commission législative du Conseil des Cinq-Cents,

législateur révolutionnaire ; il brûle les anciennes idoles (1) Pourtant, parlant de l'œuvre de Cambacérès, alors ministre de la justice et futur consul, il s'exprime en des termes très mesurés : « le sage lui-même (Cambacérès) fut obligé de payer tribut aux erreurs qui l'assiégeaient. L'auteur l'a reconnu et a avoué la nécessité de retoucher plusieurs parties de son ouvrage. Aussi nous a-t-il secondé dans celui que nous vous offrons ».

Conçu dans un esprit de réaction marqué, le Discours Préliminaire qui nous aurait éclairé complètement sur l'évolution qui se serait produite dans la conception que Jacqueminot se faisait du divorce, ne contient qu'une condamnation très sévère contre le scandale dû à l'abus du divorce. Sur le principe même de cette institution, Jacqueminot ne manifeste aucune opinion ; c'est, selon lui, une chose acquise. Car, ne l'oublions pas, pour ce législateur comme pour le plus grand nombre de ses contemporains, le divorce n'est plus en discussion ; il s'agit seulement d'en réfréner l'abus. Depuis 1792, le divorce n'est-il pas devenu, en quelque sorte, le corrélatif du mariage ? Il continue à leur apparaître comme une faculté résultant logiquement de la liberté individuelle ; cette faculté ne serait-elle pas compromise par un engagement indissoluble, imposé par la loi ? La conception de Jacqueminot, avec ses restrictions sévères à l'usage immodéré du divorce, était l'aboutissement naturel et logique de tout le mouvement législatif antérieur. Pourrions-nous en dire autant de celle de la commission du gouvernement (2), dont Portalis rédigea seul le discours Préliminaire ?

(1) « Le fanatisme d'une égalité follement interprétée régnait comme auparavant le fanatisme des privilégiés. La dépravation des idées politiques était devenue comble. Les lois civiles en reçurent l'empreinte. »

(2) La commission de rédaction du projet de Code civil, nommée par arrêté des Consuls le 24 Thermidor an VIII (12 Août 1800), comprenait : Tronchet, Président du Tribunal de Cassation, Bigot-Préameneu, commissaire du gouvernement près ce tribunal, Portalis, commissaire au Conseil des Prises ; Maleville, membre du tribunal de Cassation, devait remplir les fonctions de secrétaire-rédacteur.

§ II. — *Le projet de codification de l'an IX*
et le Discours Préliminaire de Portalis.

Nous découvrons un abîme entre ce projet (1), et toute la série des projets antérieurs. La différenciation, cependant, n'est point dans le projet lui-même, dans la forme rédactionnelle des articles, mais dans le Discours préliminaire, ou plutôt dans l'inspiration toute nouvelle qui anime ce discours, inspiration qui se manifeste chez son auteur par un appel au respect dû à toutes les croyances, à la nécessité d'admettre le divorce sur cette seule raison que certains cultes reconnaissant ce mode de dissolution de l'union conjugale.

Les articles du projet de la commission du gouvernement, consacrés à la matière du divorce, ne contenaient pas la moindre allusion (2) à la séparation de corps ; ils semblaient bien avoir été rédigés dans le même esprit que tous les articles des projets antérieurs, avec, naturellement, quant aux causes et aux formes du divorce, les atténuations qu'une expérience de près de dix années pouvait et devait nécessairement apporter. Pourquoi, en effet, reparler de la séparation de corps, régulièrement abolie par la loi de 1792, loi dont on ne songeait pas à discuter le fondement.

Mais, très habilement, Portalis, se faisant le mauvais avocat d'une cause gagnée d'avance, arriva à laisser remettre en discussion, par l'effet de ses propres arguments, le principe même du divorce, institution qu'il était chargé de défendre, mais à l'efficacité de laquelle il ne croyait pas. Il abandonne le domaine du droit pur, pour se transporter

(1) Présenté par Portalis le 1^{er} Pluviôse an IX (21 Janvier 1801).

(2) Tronchet, qui a été membre et même Président de la Commission du gouvernement consulaire, et qui, au Conseil d'Etat, s'est montré assez peu partisan du rétablissement de la séparation de corps, nous fait connaître la raison de cette attitude : « Les rédacteurs du projet de Code civil avaient rejeté la séparation de corps, parce qu'elle devait être prononcée pour les mêmes causes que le divorce » ; (Fenet, t. IX, p. 286, *in fine*). Cela voulait dire qu'à leurs yeux elle aurait fait double emploi avec le divorce.

sur un terrain beaucoup moins solide, celui de la conformité de la législation civile avec la pratique des cultes qui admettent la dissolution volontaire du mariage du vivant des deux époux. « Aujourd'hui la liberté des cultes est une loi fondamentale ; et la plupart des doctrines autorisent le divorce : la faculté du divorce se trouve liée parmi nous à la liberté de conscience. » Sophisme funeste qui contenait le germe de ce conflit, encore inapaisé, entre les partisans et les adversaires du mariage indissoluble, lesquels, tour à tour, au nom de la religion d'Etat ou au nom de la liberté des cultes, proscrirent ou autorisent le divorce, selon l'influence politique dont dispose l'Eglise au sein de la société civile. Portalis reconnaissait, d'autre part, la nécessité qu'il y avait, de toutes façons, à ne pas obliger à vivre ensemble des gens en complète mésintelligence ; il ne craignait pas de rappeler, incidemment, que c'était la séparation de corps, la solution préconisée dans l'ancien droit (1). Le mot de séparation (de corps), était lâché ; quel allait en être l'effet sur les contemporains ? D'ailleurs, il ne s'agissait pas seulement de ce rappel à un passé encore brûlant, qui nécessitait, peut-être, l'exposé historique de la question. L'auteur du Discours Préliminaire usait d'une formule dubitative qui ne procédait pas seulement du doute philosophique, car, voulant prendre la question de très haut, il était arrivé à ce résultat que tout allait être remis en cause : il liait, en quelque façon, le sort du divorce à celui de la grosse partie qui se jouait au dehors ; il faisait de la faculté de divorcer la résultante d'un grand nombre de facteurs, dont l'élément religieux, mis par lui au premier rang.

Ce facteur de l'évolution, dont l'importance vient d'être ainsi mise en lumière, l'élément religieux, n'est pas nouveau pour nous : nous avons déjà montré le rôle considérable qu'il a joué dans le passé, dans l'évolution de la séparation

(1) « On a compris, dans tous les temps, qu'il est aussi dangereux qu'inhumain d'attacher, sans aucune espèce de retour, deux époux accablés l'un de l'autre. De là, chez les peuples même où l'indissolubilité du mariage est consacrée par les lois civiles, l'usage des séparations, qui relâchent le lien du mariage sans le rompre. »

de corps. Mais que vient-il faire ici ? Sous l'empire de quelle préoccupation intérieure agissait donc Portalis quand il venait en l'an IX de la République (1) s'exprimer dans les termes que nous venons de rapporter ? Nous avons déjà dit que les articles du projet de rédaction pris en eux-mêmes ne pouvaient laisser supposer une telle évolution dans la pensée du législateur. Le Discours Préliminaire lui-même, dans les nombreuses pages consacrées à la discussion de cette question, ne nous fait pas davantage connaître la cause de cette différenciation entre la pensée de Portalis, pensée nouvelle et curieuse à tous égards, et celle de son prédécesseur immédiat, de Jacqueminot, dont à prime abord, rien ne semble devoir le séparer. Les textes sont muets sur ce point ; les articles du projet pas plus que les autres documents juridiques ne nous sont d'aucun secours : il faut donc sortir des livres et regarder la vie ; et, puisqu'il s'agit d'une époque disparue, consulter l'histoire générale du temps.

Le fait historique nouveau que nous observons est, que l'on prépare le rétablissement du catholicisme en France ; c'est en effet la période de négociations du Concordat. Et nous verrons se vérifier une fois de plus cette loi de l'évolution de notre institution : le sort de la séparation de corps est toujours lié à la question de la prépondérance de l'Eglise catholique en matière de législation du mariage. Mais la renaissance de la séparation de corps à laquelle nous allons assister et qui se manifestera presque en même temps que la renaissance du catholicisme sera-t-elle la conséquence directe et immédiate du rétablissement officiel du culte catholique en France ? L'on se tromperait beaucoup, si l'on s'imaginait que la question du maintien du divorce ne fut pas discutée, au cours de ces laborieuses négociations de près de deux années, commencées en somme à Verceil (26 juin 1800), au lendemain de la bataille de Marengo et qui se poursuivirent, même après la signature de la convention diplomatique intervenue entre la Répu-

(1) 1^{er} Pluviôse an IX (21 Janvier 1801).

blique Française et le Saint-Siège, jusqu'au vote de la loi du 18 Germinal an X (8 avril 1802) sur le Concordat avec les articles organiques. Cette question pesa lourdement sur les négociations. Elle avait, tout d'abord, été résolue dans le sens de la papauté en même temps que celle de l'admission de la religion catholique comme religion d'Etat. Le Premier Consul n'avait-il pas promis à Verceil, au cardinal Martiniana, que la religion catholique serait la dominante en France ? Le premier projet (1) de Concordat porte en effet que « le gouvernement français déclare que la religion catholique, apostolique et romaine, est la religion de l'Etat ». Mais, à partir du second projet, il est apporté des restrictions qui ne laissent plus au catholicisme que la condition de « religion protégée », et c'est le système qui l'emportera finalement, puisque le texte définitif de la convention mentionne seulement que la « religion catholique, apostolique et romaine, est la religion de la grande majorité des Français ». La question de l'abrogation (2) du divorce, qui fut toujours connexe avec la précédente, décrit une courbe analogue. Il semblait ne pas faire de doute au début que,

(1) Voir Boulay de la Meurthe, *Documents sur la négociation du Concordat entre la France et le Saint-Siège*, 1800-1801, Paris, 1896, en 9 volumes, t. III ; pièce 835, p. 663, note de Bernier à Spina avec la fin du projet I de Concordat, Paris, 5 Frimaire, an IX (26 Novembre 1800).

Titre IX, Articles généraux.

Art. 1^{er}. — Aux conditions ci-dessus, et vu leur acceptation par le Saint-Siège, le Gouvernement français déclare que la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de l'Etat.

Art. 4^e. — Toutes les lois, arrêtés et jugements contraires au libre exercice de la religion catholique, ou à la liberté de ses ministres et à leur rentrée dans le sein de la République sont considérés comme révolutionnaires et définitivement abolis.

(2) Boulay de la Meurthe, *op. cit.* : Pièce 816, Appendice A, t. III p. 608 : *Nouvelles instructions pour Spina* : « *Leggi contrarie ai dogmi e alla disciplina della chiesa universale debbono abrogarsi. Sussistono ancora in Francia le leggi del divorzio.* » Rome, 13 octobre 1800.

Pièce 76, t. I, p. 113 ; Note de Bernier à Spina : « Les Français sollicitent le retour de la religion de leurs pères, non seulement avec l'intégrité de ses dogmes, mais encore avec la pureté de sa discipline et la légitimité de son sacerdoce. » Paris, 17 Brumaire an IX (8 novembre 1809)

Pièce 102, t. I^{er}, Spina Consalvi, p. 189 : « *Mi si promette, che la religione cattolica romana sarà dichiarata la religione della nazione et dello stato, che si dichiareranno abolite tutte le leggi contrarie alla sua disciplina* » Parigi, 10 Decembre 1800.

la religion catholique reconnue « dominante », il en découlait nécessairement pour les Français « un retour à la religion de leurs pères, avec toute la pureté de ses dogmes et l'intégrité de sa discipline et la légitimité de son sacerdoce ». Et l'on devait abolir toutes les lois qui y faisaient obstacle dont notamment celle du divorce, contraire à la restauration du catholicisme dans « la pureté de ses dogmes ». Ce point fut encore l'objet de longues controverses entre les négociateurs, alors que les représentants du Saint Siège avaient depuis longtemps déjà abandonné la première position prise par eux relativement à la reconnaissance du catholicisme comme religion d'Etat. Mais, le Saint-Siège finit par céder sur ce point, comme il avait dû le faire, précédemment, sur le principe de la religion « dominante ». L'on était sorti de l'impasse grâce à une distinction ingénieuse et, cependant, tout à fait juridique, imaginée par l'abbé Bernier, ou, peut-être même, suggérée par Talleyrand qui suivit toujours très attentivement les négociations, sans y prendre lui-même directement une grande part. C'est la différence qu'il y avait entre les « actes » (1) du

(1) Pièce 539, Boulay de la Meurthe, *op. cit.* t. III, *Rapport de Talleyrand au Premier Consul*.

« Le Saint-Père demande que le gouvernement se déclare catholique et qu'il promette de conserver la pureté des dogmes de la religion. Ce dernier soin appartient au Ministère ecclésiastique et il serait tout à fait ridicule que la puissance civile consentit publiquement à s'en dire chargée. Quant à la profession du culte, elle tient à la volonté libre des hommes et à leurs actes individuels.....

« Ce n'est pas comme gouvernants, mais comme citoyens, qu'ils professent tel ou tel culte. Le Saint-Père a de plus inséré dans cet article la clause de la révocation de lois et décrets contraires à la pureté des dogmes et à l'exercice de la discipline de l'Eglise. Cette clause est inadmissible. Le citoyen Bernier propose d'y substituer la formule : Nonobstant tout acte antérieur, s'il en existait de contraires à ces dispositions. Le mot « acte » n'exprimant que des mesures de gouvernement, il ya peu d'inconvénients à adopter cette formule ».

Pièce 611. — *Eclaircissements de Consalvi sur son contre-projet du 27 juin*, p. 123.

« *Siè dovuto, benché con gran dolore, tralasciare il periodo che « il governo conservera la religione in tutta la purezza dei suoi dogmi e nell'esercizio della sua disciplina. » E impossibile affatto di ottenere questa promessa. D'altronde dicono qui che questo è ufficio del Papa, e non del governo. »*

Pièce 531, t. III, page 7, — *Remarques et corrections proposées par Bernier sur le contre-projet romain* :

«... Nous ne connaissons d'ailleurs de lois qui paraissent opposées au

gouvernement, contraires au libre exercice du culte, actes de puissance publique, dirions-nous aujourd'hui, que le gouvernement prenait l'engagement de révoquer, et ceux, au contraire, émanant du législateur, les lois, qu'il ne lui appartenait pas d'abroger ou même de promettre de faire abroger. C'était, là, promettre le fait d'un tiers, non partie à la convention, ce que le gouvernement ne pouvait faire sans subordonner la validité même du Concordat à l'exécution de cet engagement. Or, l'on voulait que le Concordat se suffît à lui-même ; l'on ne voulait pas confondre les deux domaines, le législatif et l'exécutif. Ce fut du moins l'argument mis en avant, après celui tiré du mécontentement de l'opinion, qui allait en résulter, et qu'il fallait éviter. La Papauté se laissa convaincre, car, somme toute, elle avait de multiples raisons de hâter sa réconciliation avec la France, et de ne pas la faire dépendre de la solution de questions secondaires, intéressant avant tout la législation et la politique intérieures de ce pays, alors que les points fondamentaux du dogme et de la discipline ecclésiastiques étaient sauvegardés. Au lendemain des destructions, des persécutions de toutes sortes, auxquelles avaient été en butte l'Eglise catholique en général et l'Eglise de France en particulier, il fallait courir au plus pressé, pour sauver de ces ruines ce qui en surgissait encore. Et cette situation se trouvait être aggravée du fait des craintes exagérées qu'inspirait au Pape, alors souverain temporel, la présence de troupes françaises massées à une certaine distance de Rome, quoique ce fût dans un but purement stratégique et nullement hostile. Tout cela militait, beaucoup plus que nous ne pouvons nous l'imaginer, en faveur du rétablissement de bonnes relations entre ces deux puissances. Le Concordat fut donc signé sans conditions. Et, sur le point qui nous intéresse, si l'on abandonna la prétention de faire

catholiscisme que celle du divorce. Mais Justinien fut catholique, Joseph II l'était, et l'un et l'autre ont permis le divorce. On peut donc, même en rétablissant la religion, laisser subsister cette loi que, je suis loin d'approuver comme prêtre, mais dont la suppression, dans le moment actuel, ne serait pas politiquement utile. »

abolir le divorce, ce ne fut pas parce que la promesse de rétablir la séparation de corps aurait été concédée, comme une sorte de rachat de la loi de 1792. Car, de la séparation de corps comme institution complémentaire du divorce, il n'en fut jamais question au cours des négociations. Ce que l'Eglise redemandait, c'était le retour complet et absolu au passé, et si, toute désarmée au sortir de la tourmente révolutionnaire, elle accepta, dans une certaine mesure, le fait accompli, c'était avec l'espoir secret de reconquérir sa situation primitive dès que les circonstances lui redeviendraient plus favorables. Et, si l'on veut bien nous permettre de devancer quelque peu les événements, en vue d'une meilleure exposition de notre sujet, voici qui démontrera surabondamment le bien-fondé de notre proposition.

C'est l'attitude de la papauté quelques années plus tard, alors qu'elle croyait avoir reconquis son antique suprématie, et qu'elle pensait pouvoir désormais, à l'abri de tout nouveau conflit entre le sacerdoce et l'empire, faire prévaloir entièrement ses vues en ces matières. En effet, profitant de son séjour à Paris, Pie VII adressa à Napoléon I^{er}, après le couronnement, une protestation contre le maintien du divorce, en même temps qu'il lui demandait de reconnaître le catholicisme comme religion dominante.

Cependant, l'on se trouvait en présence d'une solution définitivement acquise en législation, et c'était encore bien mal connaître Napoléon, si jaloux de l'unité de « son code », que de le supposer capable d'en rompre l'harmonie par pur scrupule de conscience alors qu'il avait admis la séparation de corps cette « voie parallèle », ouverte aux catholiques.

Dans le rapport préparatoire, et dans la réponse qui fut faite à Pie VII au nom de l'Empereur, Portalis (1) ne

(1) Voir *Réponse aux Observations présentées au nom de Sa Sainteté le Pape à Sa Majesté Impériale et Royale, 30 Ventôse an XII, dans Discours, Rapports et Travaux inédits sur le Concordat de 1801*, Paris 1845, p. 296. Cette réponse est précédée d'un *Rapport à l'Empereur*, en date du 21 Ventôse an VII, dans lequel il développe les mêmes vues, p. 284 et suivantes.

signale pas l'existence de la séparation de corps, ce que, du point de vue doctrinal, il aurait pu présenter comme un commencement de satisfaction donné à l'opinion catholique. Il déclare que les lois ne sauraient prescrire le divorce dans un pays où sont tolérés des cultes différents qui l'admettent. Toutefois, a-t-il soin d'ajouter, le ministre du culte n'est pas obligé de bénir le mariage d'un divorcé, et ce refus de procéder à la bénédiction nuptiale ne peut jamais donner lieu à ouverture contre lui au recours comme d'abus (1) devant le Conseil d'Etat. La réclamation du Pape ne pouvait avoir et n'eut aucun succès, mais elle est caractéristique d'un état d'esprit particulier. Ainsi donc l'on n'avait pas désarmé l'hostilité de l'Eglise contre le divorce, même au prix de cette concession à sa doctrine sur l'indissolubilité du mariage, en instituant la séparation de corps, destinée aux catholiques non enclins à pactiser avec leur conscience.

Mais, si nous revenons au point où nous en étions précédemment, pouvons-nous dire que telle était l'inspiration première du législateur quand il conçut ce retour à la séparation de corps : l'admission parallèle de deux institutions, le divorce pour tout le monde, la séparation de corps pour les consciences timorées ? Etait-ce bien là en effet la conception initiale de Portalis ? Car, en l'espèce, le législateur dont nous nous efforçons de dégager ici la pensée première est le rédacteur du Discours Préliminaire, puisque les articles mêmes du projet qui devait être renvoyé à l'examen des tribunaux d'appel et du Tribunal de Cassation, ne contiennent pas la moindre mention relative à la séparation de corps.

A cette question ainsi nettement posée, nous reconnaissons en toute sincérité qu'il ne nous est pas possible de rapporter une réponse décisive émanant de l'auteur même du Discours Préliminaire. Car, là où il n'existe pas de documents quelconques, celui-là seul qui peut sonder

(1) Lettre circulaire de l'Empereur en date du 19 Prairial an X.

les abîmes de la conscience humaine pourrait indiquer, aujourd'hui, avec une certidute absolue, la raison déterminante de la conduite de Portalis en cette circonstance. Cependant, par ce que nous savons de lui, il n'est pas téméraire d'essayer de déterminer la pensée qui le guidait à ce moment de sa vie publique, dans la solution d'une question intéressant également la conscience du croyant et la raison lucide de l'homme d'Etat. Portalis (1), par goût, par caractère, comme par tradition était foncièrement attaché à la séparation de corps. Ses plus vives comme ses plus secrètes sympathies devaient aller et allaient nécessairement à ce mode de relâchement du lien conjugal ; et si la clairvoyance du politique lui faisait admettre dans une certaine mesure le divorce, ce ne pouvait être qu'un pis-aller ; c'était pour répondre quelque peu au goût du jour. Or, ce goût ne pouvait-il pas se modifier, s'épurer ? Ne devait-on pas espérer qu'au sortir des orages de la Révolution l'on pourrait restaurer la vieille société française sur ses antiques bases. Dans cette œuvre de restauration, dans cette remise de chaque chose à sa place, la religion n'avait-elle pas son rôle à jouer ? Or, justement, au moment même où il composait son Discours Préliminaire, il était grand bruit de rétablir le catholicisme en Frnace dans son antique splendeur. Il était même question de lui reconnaître le caractère de religion dominante. Certes, Portalis, qui était au courant de toutes les négociations, savait bien que cela n'allait pas sans difficultés. Au moment où il prononçait son Discours Préliminaire, le premier projet de Concordat, qui reconnaissait au catholicisme le caractère « dominant », était abandonné. L'on craignait de mécontenter

(1) Jean, Marie, Etienne Portalis (1745-1807), né au Beausset, près de Toulon, fit de brillantes études chez les Oratoriens de Toulon et de Marseille, sous la direction de son père qui était professeur de droit canon à l'Université d'Aix. Sa précocité fut extrême : à 17 ans il était déjà l'auteur de deux opuscules non dénués de valeur : les *Préjugés*, et une réfutation un peu faible de l'*Emile*, de Jean-Jacques Rousseau, Thèse qu'il devait reprendre, avec plus de succès plus tard. Cf. *Usages et Abus de l'esprit philosophique*, t. II, Chap. xx, VIII, p. 238 et suivantes.

trop violemment toute cette partie de l'opinion publique restée attachée à la Révolution par intérêt ou par sympathie philosophique. Mais, c'était là, pouvait-il penser, affaire de tact, et de mesure, respect des situations acquises qu'il fallait ménager. Le catholicisme une fois rétabli et reconnu par l'Etat, avec ou sans le caractère dominant, aurait vite fait de ressusciter les anciens usages; et dans ce conflit sur l'indissolubilité ou la dissolubilité du mariage, l'on reviendrait, par la force même des choses à la solution traditionnelle, à la séparation de corps, consacrée par plusieurs siècles de pratique continue.

Que l'on ne s'étonne pas de trouver chez Portalis, un semblable optimisme; les documents de l'époque en font foi. Enfin, ce qui montre la sincérité de ses convictions, c'est qu'elles n'ont jamais varié sur cette question, alors même qu'il n'avait plus à espérer de les voir triompher. Son hostilité persistante au divorce — quoique toujours voilée — n'avait pourtant pas échappé à la perspicacité du Premier Consul qui lui en arracha presque l'aveu un jour, au cours de la discussion du divorce au Conseil d'Etat.

En résumé, ce n'est pas former une conjecture hasardeuse que de conclure que Portalis, au moment où nous nous plaçons, lors de la rédaction de son Discours Préliminaire, désirait vivement et espérait voir rétablir dans le code civil la séparation de corps pure et simple, telle qu'elle avait été pratiquée dans l'ancien droit, mais toutefois prononcée par l'autorité séculière. Peut-être même entrevoyait-il, avec son large esprit de tolérance, la possibilité de conserver le divorce, mais pour les non catholiques seuls, et cela par respect pour la liberté des cultes. A ceux qui pourraient nous objecter l'invraisemblance de cette conception chez un homme d'Etat, qui aurait accepté, par la suite, de consacrer par l'autorité de sa parole et de son nom, une solution aussi contraire à ses vues qu'opposée à sa conscience, nous répondrons que Portalis a été un jurisconsulte éminent, un politique plein de tact et de pondération, toujours conciliant, mais qu'il n'a jamais été vis-à-vis de Napoléon Bonaparte le *justum et tenacem propositi virum*, que l'on

aurait pu espérer rencontrer chez l'ancien proscrit de Fructidor et le défenseur des naufragés de Calais (1).

Il devait céder sur cette question, comme il céda, dans la suite, en d'autres circonstances (2), sur des points non moins importants. Ne pensait-il pas d'ailleurs que les « lois civiles ne sauraient avoir une bonté relative ; elles doivent être adaptées à la situation dans laquelle se trouve un peuple. C'est au temps à les perfectionner ».

Mais, ce détachement philosophique, cette acceptation définitive du fait accompli, qu'il a manifestée, plus tard, ne doit pas nous faire illusion sur ses véritables sentiments, à cette période de sa vie publique où il pouvait mieux augurer de l'avenir. C'est pourquoi nous persistons à penser que c'était à dessein que le rédacteur du Discours Préliminaire, tout en s'inclinant devant la solution admise par la Commission du Gouvernement, donnait libre cours à ses plus intimes convictions, lorsqu'il se laissait aller, dans son parallèle entre le divorce et la séparation de corps, à émettre des vues qui n'étaient pas destinées à passer inaperçues. D'ailleurs, comme nous allons le voir, certains tribunaux d'appel, ceux qui ont réclamé le plus le rétablissement de la séparation de corps, ont invoqué précisément l'autorité même de Portalis, en faveur de leur thèse.

(1) Voir *Moniteur de l'an V*, Séance du Conseiller ancien du 15 Thermidor an V, p. 127.

(2) C'est ainsi qu'il n'a pas refusé de soutenir comme rapporteur, devant le Sénat, à la suite de l'attentat du 3 Nivôse, des mesures de répression extraordinaires auxquelles il était nettement hostile. On lui a également reproché ses faiblesses, lors de la nomination des évêques constitutionnels, et sa participation à la rédaction du cathéchisme impérial, notamment du quatrième commandement où les paroles de Saint-Paul : « *Qui potestati resistit, Deo resistit* », recoivent un sens particulier. Cf. sur ces divers points, R. Lavollée, *Vie de Portalis* Paris, 1869, p. 102, 260, 341 et suivantes ; Comte d'Haussonville, *L'Eglise romaine et le premier empire*, Paris 1868, 4 vol. Voir également P. Caussette, *Vie du Cardinal d'Astros*, p. 100 à 111, qui, tout en reconnaissant la justesse de ces reproches, donne une appréciation plus équitable de Portalis.

CHAPITRE VI

ANALYSE DES OBSERVATIONS DE LA COUR DE CASSATION ET DES COURS D'APPEL SUR LE PROJET DE CODE CIVIL

§ 1^{er}. — *Le partage des Cours d'Appel.*

Le projet de code civil fut l'objet d'un examen très attentif de la part du Tribunal (*Cour*) de Cassation et des Tribunaux (*Cours*) d'appel. Chaque tribunal en confiait l'étude à une commission, choisie dans son sein, qui était chargée de lui présenter un rapport dont les conclusions étaient discutées et votées en séance plénière.

La question du divorce et de la séparation de corps fut l'une de celles qui retint le plus l'attention des tribunaux dont on avait sollicité l'avis.

En laissant, pour l'instant, en dehors de notre statistique, le Tribunal de Cassation, nous constatons que sur les vingt-huit Tribunaux d'appel (1) que comptait alors la France, vingt-quatre formulèrent des observations sur la question de la dissolution du mariage. Les quatre Tribunaux qui négligèrent d'y répondre, acquiesçant par leur silence

(1) Agen, Aix, Ajaccio, Amiens, Angers, Besançon, Bordeaux, Bourges, Bruxelles, Caen, Colmar, Dijon, Douai, Grenoble, Liège, Limoges, Lyon, Metz, Montpellier, Nancy, Nîmes, Orléans, Paris, Poitiers, Rennes, Riom, Rouen, Toulouse.

aux conclusions de la Commission du Gouvernement, sont les juridictions d'appel d'Ajaccio, d'Aix, de Colmar et de Liège. Les vingt-quatre autres se répartissent en trois grands groupes : 1^o les Tribunaux admettant le divorce seul ; 2^o ceux hostiles au divorce ; 3^o ceux enfin admettant le divorce concurremment avec la séparation de corps.

Le premier groupe comprenait dix-huit Tribunaux. Mais sur ce nombre huit acceptaient le projet du gouvernement (1) en proposant même des additions aux causes de divorce ; sept l'approuvaient purement et simplement (2) en formulant quelques observations de pure forme tout à fait secondaires ; trois l'admettaient avec quelques restrictions (3) quant aux causes de divorce.

Le second groupe que nous désignons, comme celui des tribunaux « repoussant absolument » le divorce, ne comprend que le Tribunal d'appel de Riom qui est le seul (4) à rester résolument hostile au maintien de cette institution.

Nous croyons devoir placer dans le troisième groupe, celui des tribunaux qui acceptent concurremment le

(1) Bruxelles, voir Fenet, t. III, p. 261 ; Douai, voir Fenet, t. III, p. 510 ; Grenoble, voir Fenet, t. III, p. 536 ; Lyon, voir Fenet, t. IV, p. 57 ; Paris, voir Fenet, t. V, p. 141 ; Poitiers, voir Fenet, t. V, p. 296 ; Rennes, voir Fenet, t. V, p. 325 ; Rouen, voir Fenet, t. V, p. 465 ;

(2) Amiens, voir Fenet, t. III, p. 129 ; Angers, voir Fenet, t. III, p. 133 ? ; Besançon, voir Fenet, t. III, p. 154 et 156 ; Bordeaux, voir Fenet, t. III, p. 185 ; Caen, voir Fenet, t. III, p. 363 ; Dijon, voir Fenet, t. III, p. 497 ; Metz, voir Fenet, t. IV, p. 360.

(3) Agen, voir Fenet, t. III, p. 9 ; Bourges, voir Fenet, t. III, p. 212 ; Limoges voir Fenet, t. IV, p. 6.

(4) Ce n'est pas ce que dit Portalis, du moins d'après les procès-verbaux de Fenet, car il établit une classification singulièrement fautive : « ... les tribunaux se sont partagés sur le divorce, les uns le repoussant absolument ; d'autres le modifient ; deux l'admettent dans sa plus grande étendue, et même pour cause d'incompatibilité d'humeur. Fenet, t. IX, p. 248. *Discussion du titre VI au Conseil d'Etat, procès-verbal de la séance du 14 Vendémiaire an X, (6 octobre 1801).* »

Un auteur récent, M. Olivier-Martin, dans *La crise du mariage dans la législation intermédiaire*, que nous avons déjà citée à différentes reprises, signale à la page 264, le Tribunal de Riom comme étant seul hostile au maintien du divorce ; malheureusement sa classification contient quelques omissions, et même une erreur. C'est ainsi qu'à la page 295 il fait figurer le tribunal d'Agen parmi ceux qui ont demandé que la séparation de corps soit établie à côté du divorce. « ... Les Tribunaux de Toulouse, d'Agen et de Nîmes demandent que la séparation de corps soit établie à côté du divorce. »

divorce et la séparation de corps, les juridictions d'appel de Montpellier et de Toulouse qui formulaient certes des objections de principe très sincères contre ce mode de rupture du mariage mais en admettaient l'emploi dans certaines hypothèses déterminées. Ajoutons à ces deux tribunaux, ceux de Nancy, Nîmes et Orléans, nous aurons ainsi complété notre liste.

§ II. — *Observations de la Cour de Cassation.*

Quant au Tribunal de Cassation dont nous n'avons pas encore parlé, il doit être rangé au nombre de ceux qui demandaient une extension des causes du divorce.

La Commission, chargée de procéder à un premier examen du projet, proposa, à la majorité de trois voix contre deux, d'ajouter aux causes du divorce l'incompatibilité, et l'assemblée plénière ratifia de son vote la proposition de sa commission. Mais, au sujet de la restauration de la séparation de corps, les procès-verbaux des réunions du Tribunal de Cassation que nous possédons ne contiennent pas la moindre allusion en ce sens. Et, cependant, l'un des plus ardents partisans du rétablissement de cette institution était Maleville, Président de Chambre au Tribunal de Cassation. Il alla même jusqu'à publier dans un but de propagande un ouvrage dont les conclusions (1) concordent entièrement avec les vues que nous reconnaissons à Portalis sur cette même question.

Comment expliquer le silence qu'a gardé à cette occasion, au sein du Tribunal de Cassation, l'auteur de la brochure sur le Divorce et la Séparation de corps, qui s'est contenté d'y faire une très vive opposition. A notre avis, si Maleville s'est borné, comme nous dirions aujourd'hui à une campagne d'opinion, faite au dehors, c'est que la question de la restauration de la séparation de corps n'était pas mûre ;

(1) Maleville, *Du Divorce et de la Séparation de Corps*, Paris, 1801, in-8°.

et toute proposition qu'il aurait formulée en ce sens n'aurait pas eu le moindre écho auprès de ses collègues du Tribunal suprême.

Mais ce que n'osa point formuler au Tribunal de Cassation, l'ami et ancien collègue de Portalis au Conseil des Anciens et à la Commission de rédaction du Code civil, d'autres l'accomplirent au sein des commissions ou des assemblées plénières des tribunaux d'appel de province. C'est ce qui nous reste maintenant à examiner pour connaître leur conception de la séparation de corps et la place qu'ils voudraient lui voir assigner dans le Code de nos lois.

§ III. — *Observations de Riom.*

Un seul tribunal d'appel osa franchement et résolument combattre le maintien du divorce, ce fut, comme nous l'avons déjà indiqué, celui de Riom. Ce tribunal, après avoir montré la contradiction dans laquelle tombe l'auteur du Discours Préliminaire, qui considère que « le mariage est un contrat perpétuel par sa destination » (1) et cependant résoluble, perce à jour le fameux sophisme de la liberté des cultes : « Qu'il y ait une religion dominante ou non, que divers cultes soient également tolérés (sans être autorisés), ce n'est pas de cela qu'il s'agit : le point capital est de défendre absolument, et sans autre considération que celle de l'intérêt de la société, ce qui est contraire à la nature des choses, comme on défend les empoisonnements, les meurtres et les incendies, non parce que la loi de Dieu les défend, mais par ce que la loi naturelle les condamne » (2). Puis les juges de Riom signalent une autre

(1) « Il résulte de ce que nous avons dit que le mariage est un contrat perpétuel par sa destination. Des lois récentes autorisent le divorce ; faut-il maintenir ces lois ? » Phrase du Discours Préliminaire que les juges de Riom reproduisent en tête de leurs observations sur le titre VI du projet. Fenet, t. V, p. 416.

(2) Les observations du même Tribunal se poursuivent encore : « Eh quoi ! s'il se formait un nouveau culte selon lequel il fût permis, d'après la doctrine des vingt-quatre vieillards dont parle Pascal, lettre VI, de tuer quelqu'un

contradiction non moins flagrante, celle qui consiste « à paraître s'accomoder de la diversité des cultes, et à ne rien faire absolument en faveur du plus important et du plus commun de tous ». « Si telle est votre conception ajoutent-ils encore, *puisque'il faut des lois pour tous les citoyens qui peuvent professer diverses religions*, pourquoi n'avez-vous pas fait une loi pour les catholiques... ; au moins pour ceux-là, qu'en coûtait-il de rétablir la séparation de corps ? »

Les magistrats de Riom, qui n'ont pas procédé à un examen même superficiel des articles du projet, terminent leurs observations en assurant que l'opinion qu'ils ont formulée est le « vœu le plus général des citoyens de l'arrondissement du tribunal » (1). Cette dernière remarque qui nous paraît être exacte, était de nature à faire impression sur l'esprit du législateur. Il est certain qu'à la date où furent rédigées ces observations — 14 fructidor an IX (4 sept. 1801) — qui est postérieure à la signature du Concordat (2), il n'y avait plus d'espoir d'entendre proclamer la religion catholique religion d'Etat. Le rétablissement de la séparation de corps ne pouvait plus se justifier par des raisons de politique religieuse ; il fallait que cette mesure fût fondée en droit. Or, rien ne la légitimait davantage que le vœu presque unanime des populations qui en demandaient le retour. C'est ce qu'avait compris le tribunal de Riom, qui s'efforçait de la sorte de donner satisfaction aux aspirations de ses ressortissants. Ce n'était pas l'abus du divorce qui les avait amenés à cet état d'esprit, mais plutôt la persistance d'anciennes traditions. Car la fréquence des divorces s'était manifestée surtout dans les grandes villes (3), et

en trahison, pourvu qu'on ne le fît que pour obliger son ami, et sans en recevoir de salaire, faudrait-il donc autoriser civilement cette abominable licence, pour s'accomoder à la liberté de ce culte ? » Fenet, t. V, p. 418.

(1) Fenet, *op. cit.*, t. V, p. 420.

(2) 9 Thermidor an IX (15 juillet 1801).

(3) « La religion, les lois civiles, les traditions rigides de la société tournées en ridicule pendant tout un siècle, avaient perdu presque toute puissance moralisatrice, au moins dans les grandes villes, et la société nouvelle ne trouvait rien pour remplacer ce réseau subtil qui enserrait peu à peu le cerveau des hommes et les maintenait dans la voie droite ». Olivier-Martin, *op. cit.*, liv. V, Chap. II, *La législation révolutionnaire dans la pratique*, p. 175.

fort peu dans les campagnes. Quant aux régions montagneuses, comme celles dont Riom était le chef-lieu judiciaire, situées loin des grands centres et sans moyens de communications faciles avec Paris, elles étaient demeurées indemnes, ayant vu venir mourir à leurs pieds la vague révolutionnaire qui, ailleurs, avait tout emporté sur son passage.

Après cette analyse de l'opinion la plus défavorable au maintien du divorce, arrivons à d'autres tribunaux moins hostiles. Ce sont ceux qui composent notre troisième groupe ; ils admettent ou seraient disposés à admettre le divorce, à titre en quelque sorte transactionnel, mais concurremment avec la séparation de corps. Nous procéderons à l'examen détaillé des observations de ces seuls tribunaux, car nous laisserons de côté, comme trop en dehors de notre sujet, le premier groupe qui accepte le projet du gouvernement, soit purement et simplement, soit avec des modifications extensives ou restrictives des causes du divorce.

Nous avons vu précédemment qu'il y avait lieu de distinguer dans notre troisième groupe les tribunaux de Montpellier et de Toulouse, disposés à accepter le divorce comme pis aller, et ceux de Nancy, Nîmes et Orléans, qui l'admettent sans grande difficulté, toujours à côté de la séparation de corps. Il y avait là, entre ces deux façons d'adhérer au projet présenté, une nuance assez sensible sur laquelle nous avons suffisamment insisté ; il nous reste à déterminer, d'après les observations de ces mêmes tribunaux, leur conception et le fonctionnement de l'institution dont ils réclamaient le rétablissement.

§ IV. — *Observations de Montpellier.*

Nous trouvons les observations de la commission du tribunal d'appel de Montpellier, relatives au divorce (1)

(1) Fenet, t. IV, p. 427 et suivantes et p. 479 et suivantes.

(et à la séparation de corps), formulées sous des rubriques différentes dans deux passages distincts du procès-verbal, qui a été établi de l'ensemble de ses travaux.

Dans un premier paragraphe (1), la commission s'est attachée à faire une sorte d'examen analytique « de toutes les dispositions du projet qui en paraissent susceptibles » parfois même article par article ; dans un nouveau (2) paragraphe, sous la rubrique « observations plus développées sur les dispositions systématiques et les plus intéressantes du projet », elle entre dans une discussion non plus des textes mais des principes fondamentaux et de l'esprit général dont s'est inspiré le législateur dans son œuvre de codification.

Nous suivrons dans l'examen de ces observations un ordre inverse, car, nous plaçant à un point de vue qui n'est pas tout à fait le même, ce qu'il nous importe, avant tout, de connaître, c'est la conception des juges de Montpellier en matière de dissolution du mariage. Ils motivent leur opposition au maintien du divorce par deux raisons : la première, c'est l'inharmonie qui existe en cette matière entre les mœurs et les lois (3), la seconde, qui découle de la précédente, c'est la nécessité pour le législateur de tenir compte du sentiment religieux et de ne pas attaquer de front un pareil obstacle (4).

(1) Fenet, *op. cit.*, t. IV, p. 427 et suivantes.

(2) Fenet, *op. cit.*, t. IV, p. 468 et suivantes.

(3) « L'opinion qui doit préparer l'empire de la loi, plus révoltée du remède que du mal, condamnera sans ménagement les époux divorcés dont les tribunaux auront couronné les désirs. Les mœurs seront opposées aux lois, le mépris et l'indignation vengeront les premières de l'outrage qu'elles recevront de celles-ci ; et tel sera le choc des principes qui gouverneront les Français, de l'opinion et de la loi. » Fenet, *op. cit.*, t. IV, p. 480.

(4) « La religion catholique étant dominante en France, le dogme religieux, prohibitif du divorce, a dû l'emporter sur le droit naturel, qui peut l'autoriser : mais cette religion ayant cessé d'être dominante, il ne s'ensuit pas que le droit naturel puisse reprendre toute sa force contre le dogme religieux, auquel la loi civile ne prête plus un appui exclusif. Ce dogme a jeté les plus profondes racines dans le cœur et dans l'esprit des Français : et il ne domine pas moins leur raison, quoique la religion qui l'établit ait cessé d'être dominante en France. Et qui peut méconnaître la force insurmontable des préjugés religieux, qui s'augmente et s'irrite par les obstacles ? Quel législateur sage osa jamais l'attaquer de front ? » Fenet, *op. cit.*, t. IV, p. 480 et 481.

Quant à la considération invoquée par les partisans du divorce, celle de la diversité des cultes, ils en contestent la portée, en invoquant à leur tour les droits de la majorité catholique à ne pas être opprimée dans ses organes par une infime minorité appartenant à des cultes dissidents (1).

Et nos juges répondent encore à l'argument tiré du caractère facultatif du divorce par la peinture des tourments (2) qui agitent l'âme des catholiques sincères aimant mieux tout subir de leur conjoint que de faire usage d'un remède pire que le mal. Dans ces conditions « que la loi cesse donc de mettre les catholiques ainsi aux prises avec leur croyance et avec l'opinion, et qu'elle leur restitue la faculté de réclamer la séparation de corps et de biens ».

Telle est la démarche de la pensée des membres du tribunal dont nous analysons les observations. Mais ils ne s'en sont pas tenus à ce seul raisonnement ; ils ont encore étayé, comme nous allons le montrer, leur théorie de l'utilité de la séparation de corps sur d'autres arguments : l'intérêt des enfants, le respect des idées reçues et enfin la possibilité d'une réconciliation entre les deux époux. Arguments que nous rencontrerons fréquemment plus tard dans nos recueils d'arrêts modernes à l'occasion de la conversion de la séparation de corps en divorce.

Ayant été ainsi amenée à envisager la restauration de la séparation de corps, la commission nous fait connaître quelle en sera la sphère d'application (3). Mais au préalable nous devons nous demander ce qu'elle va proposer sur la question du maintien du divorce. Va-t-elle conclure à sa

(1) « Non, la loi politique ne sacrifiera pas ainsi la presque totalité au petit nombre ; et la considération des cas rares ne doit pas frustrer la multitude des avantages d'une règle générale réclamée par ses habitudes et ses besoins. » Fenet, *op. cit.*, t. IV, p. 481.

(2) Fenet, *op. cit.*, t. IV, p. 481 et 482.

(3) « Ce remède moins violent serait sans doute plus approprié aux cas moins graves, tels que sont les sévices et mauvais traitements de l'un des époux envers l'autre, la diffamation et l'abandonnement. Lors même que le divorce pourrait être autorisé ; il serait plus convenable sans contredit, de le faire remplacer, dans ces cas-là, par la simple séparation des époux, qui laisse toujours l'espoir consolateur d'une réunion possible. » Fenet *op. cit.*, t. IV, p. 482.

suppression complète pour y substituer la séparation de corps ?

Reconnaissons que la solution présentée par le tribunal de Montpellier est loin d'être aussi radicale que celle de Riom. « Si le divorce, nous dit-il, pouvait trouver place dans le code de nos lois, ce serait à l'attentat d'un époux à la vie de l'autre et à l'adultère qu'il faudrait le restreindre. » Et encore, s'empresse-t-il d'ajouter, « il est des circonstances comme celles tirées de l'âge, de la moralité, de la religion des époux, de l'existence des enfants qui devraient amener le juge à prononcer la séparation de corps de préférence au divorce ».

Tout d'abord, quelles étaient dans ce système les causes de la séparation de corps. Nous savons déjà que l'on n'admettait le divorce que dans deux seuls cas particulièrement graves : l'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre et l'adultère. Il restait toutefois un certain nombre d'autres faits prévus dans le projet du gouvernement comme causes de divorce. Qu'allait-on en faire ? La commission pense que ces divers délits — dont elle critique en passant l'imprécision des termes et le vague « pourraient bien être pris en considération par la législature, à l'effet d'autoriser, comme autrefois, les séparations de corps et de biens ». Et, ajoute-t-elle, « il y aurait d'autres cas pour la simple séparation de corps et de biens, tels que la lèpre et autres maladies qui, même après le projet, ne donnent pas lieu au divorce ». Puis, entrant plus avant encore dans l'analyse intime des dispositions proposées, elle fait remarquer que la dissipation du mari — non prévue au code — « devrait donner lieu à la séparation de biens », sans laquelle la femme serait entièrement désarmée et serait peut-être tentée de recourir au divorce en usant d'un subterfuge.

Maintenant, quelle allait être la durée de cette séparation de corps dont nous venons de déterminer ainsi les causes ? Cette question, à laquelle il n'a été donné nulle part une réponse directe, a été résolue, incidemment, et, cependant, d'une façon non douteuse, dans les observations de la commission du tribunal. L'idée sur laquelle l'on revient avec

persistance et en maints passages (1), c'est la possibilité qu'ont toujours les époux de se réconcilier, avantage indéniable que leur offre la séparation de corps alors que le divorce, qui détruit « l'espoir consolateur d'une réunion possible anéantit tout. Or, si « les époux peuvent reconnaître leur torts, s'en repentir et revenir ensemble », c'est que les séparations de corps prononcées ne devraient jamais être perpétuelles, elles laisseraient toujours la porte ouverte à un rapprochement possible entre les conjoints désunis; c'est donc qu'elles devraient être essentiellement temporaires. Ainsi se trouvait être résolue la question de durée. Les commissaires appliquaient une solution toute traditionnelle, que nous avons rencontrée en droit canonique. Et, quant à nous, si nous avons cru devoir souligner tout particulièrement le caractère temporaire de la séparation, c'est pour mieux montrer ce que représentait cette institution aux yeux de ceux qui voulaient la faire revivre dans sa pureté originelle, avant qu'elle ne subît l'œuvre de déformation à laquelle nous assisterons, plus tard, au cours de la discussion du projet au Conseil d'Etat.

Ils admettaient donc deux sortes de séparations : une à temps et une autre perpétuelle.

La séparation de corps et de biens, à temps, serait motivée par la diffamation publique et l'abandon de l'un des époux ; la séparation de corps perpétuelle, à durée indéterminée, et à laquelle les époux peuvent toujours mettre fin par une réconciliation, aurait pour cause : les délits de l'un des époux envers l'autre et, de plus, certains autres cas tels que la lèpre et autres maladies qui n'étaient pas des cas de divorce d'après les termes du projet, constitueraient de nouvelles causes de séparation de corps.

Et, finalement, il n'y aurait alors que l'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre et l'adultère qui pourraient donner lieu au divorce.

Terminons notre analyse des observations du tribunal

(1) Voir Fenet, *loc. cit.*, t. IV, p. 427 alinéa 2, à l'analyse de l'art. 3 du projet ; id. p. 428, alinéa 1 ; id. p. 482, alinéa 3 *in fine* et p. 483, alinéa 3.

de Montpellier par une dernière remarque, relative à la procédure. C'est pour constater qu'il n'a été formulé aucun vœu sur la procédure à suivre dans l'instance en séparation de corps. Nous concluons, du silence gardé par ce tribunal, à son désir d'étendre à la séparation de corps les règles de procédure prévues pour le divorce.

§ V. — *Observations de Toulouse.*

Les observations du tribunal d'appel de Toulouse sont rédigées en quelques phrases qui sont de la plus grande précision. Aux yeux du magistrat de Toulouse, « on a tant écrit sur le divorce (1) », qu'ils ne jugent pas nécessaire de rouvrir là-dessus un nouveau débat. Cependant, il faut connaître les motifs pour lesquels ils sont en principe hostiles au maintien de cette institution : c'est par rapport aux époux et surtout par rapport aux enfants, qu'il leur paraît désirable de la proscrire (2). « Mais, s'empressent-ils d'ajouter, soit qu'on admette, soit qu'on rejette le divorce, il semblerait juste d'autoriser les tribunaux à prononcer la séparation de corps pour un temps déterminé, lorsque les circonstances paraîtront l'exiger. » Le rétablissement de la séparation de corps est la clef de voûte de tout leur système en matière de conflits matrimoniaux. Mais nos juges ne livrent pas moins, ensuite, à un examen des articles, ce qui montre bien qu'ils étaient tout disposés à accepter le divorce au cas où il aurait rallié un nombre de suffrages suffisant dans les tribunaux d'appel, pour être imposé au législateur. Quant aux motifs qui décideront les tribunaux à prononcer la séparation de corps, nous voyons d'après leur formule que c'est laissé à la complète appréciation du juge.

(1) Fenet, *op. cit.*, t. V, p. 560.

(2) « Les inconvénients que le divorce entraîne par rapport aux époux, et plus encore par rapport aux enfants, sont si sensibles, qu'il serait à désirer qu'on eût pu éviter de recourir à ce moyen extrême pour rompre des nœuds mal assortis. » Fenet, *op. cit.*, t. V, p. 560.

Enfin la séparation prononcée le sera toujours pour un temps déterminé. Et c'est tout. Nous ne trouvons pas un mot sur la procédure à suivre. Très vraisemblablement ils jugeaient inutile d'organiser une procédure nouvelle, différente de celle prévue pour le divorce.

§ VI. — *Observations de Nancy.*

Nous avons maintenant à examiner les observations de trois tribunaux d'appel qui, sans conteste demandent concurremment le divorce et la séparation. Les juges de Nancy, eux aussi, se réclament du Discours Préliminaire pour demander le rétablissement de la séparation de corps, car le législateur n'entend point contrarier le dogme religieux de l'indissolubilité, ni décider un point de conscience. »

Ainsi fondée, cette institution serait, selon eux, sans inconvénients, les deux époux conserveraient la faculté de faire convertir la séparation en divorce sur la simple représentation du premier jugement rendu. Quant à la procédure, elle serait en tous points calquée sur celle du divorce, il suffirait pour cela « d'un article ou deux à ajouter à la fin du titre d'un divorce » (1).

§ VII. — *Observations de Nîmes* (2).

Les juges de Nîmes déclarent que s'il est nécessaire de ne pas mettre nos lois en contradiction avec les différents cultes naturalisés qui admettent le divorce, ce n'était pas une nécessité de repousser en même temps la séparation de corps. Ils en souhaitent le rétablissement et demandent de soumettre la faculté de séparation aux mêmes règles et aux mêmes formes de procédure que le projet trace avec tant de sagesse et de prévoyance relativement au divorce.

(1) Fenet, t. IV, p. 594.

(2) Fenet, t. V, p. 11.

§ VIII. — *Observations d'Orléans* (1).

Les juges d'Orléans commencent dans leurs observations à demander de faire entrer parmi les cas de divorce la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive ou infamante. Puis, après un examen très rapide de quelques articles consacrés surtout à la procédure, ils passent à une discussion de principes.

C'est encore un rappel des idées fondamentales exprimées par le rédacteur du projet dans le Discours Préliminaire. Les juges d'Orléans se basent sur les mêmes principes, sur la liberté des cultes qui a fait admettre le divorce, pour exiger, au nom des catholiques, la restauration de la séparation. Au reproche de célibat forcé, qu'on leur oppose, et auquel semble être condamné celui des époux contre lequel la séparation est prononcée, les magistrats d'Orléans proposent d'accorder à l'époux coupable le droit de faire convertir son premier jugement en divorce sur le seul vu de la sentence de séparation.

Quant à l'époux innocent, il n'en est pas question, il n'a pas le droit de demander la conversion ; il a épuisé son droit d'action en choisissant la voie de la séparation de corps.

Les causes de séparation et les formalités pour y parvenir sont les mêmes que pour le divorce. Il suffirait pour le faire savoir de deux ou trois articles ajoutés sous forme d'appendice au Titre du divorce et ainsi « serait justifiée cette impartialité professée si hautement par les rédacteurs du nouveau code pour les différents cultes ».

(1) Fenet, *op.*, *cit.*, t. V, p. 44.

CHAPITRE VII

LA MARCHÉ DE LA DISCUSSION DU TITRE VI AU CONSEIL D'ÉTAT

La discussion au Conseil d'Etat à laquelle nous arrivons maintenant avait été précédée d'une dernière mise au point du projet. Les observations des tribunaux d'appel et du Tribunal de Cassation et les communications venues de toutes parts furent remises avec le texte de la Commission du Gouvernement consulaire à la Section de Législation au Conseil d'Etat. Cette section était composée de : Boulay, président, et de Berlier, Emmercy, Portalis, Réal, Thibaudeau, membres, les membres de la commission de rédaction du projet, qui n'en faisaient pas partie, prirent part également, à ces délibérations. Elle fut chargée d'élaborer avec tous ces matériaux et de préparer une rédaction définitive, destinée à être soumise à la discussion du Conseil d'Etat tout entier, réuni en Assemblée générale. Cette assemblée commença l'examen du projet de Code civil, le 28 Messidor an IX, (17 juillet 1801) ; et, le 14 Vendémiaire, an X (6 Octobre 1801) elle abordait l'examen du Titre VI, consacrée au divorce.

Les débats au Conseil d'Etat, relatifs au divorce et la séparation de corps, occupèrent une dizaine de séances, échelonnées du 14 Vendémiaire an X (6 Octobre 1801), au 22 Fructidor an X (9 Septembre 1802). Nous en donnons

ici une analyse succincte par ordre chronologique, ce qui nous permettra de nous rendre compte de la place restreinte qu'y occupe la séparation de corps.

La séance du 14 Vendémiaire commence sur un nouveau discours de Portalis. La discussion générale s'engage sitôt après, et elle occupe toute la séance et celle qui suit (16 Vendémiaire, an X (8 Octobre 1801)). Au cours de la séance du 24 Vendémiaire an X (16 Octobre 1801) trois projets de rédaction furent respectivement présentés par Boulay, Berlier et Emmery. Celui de Boulay obtient la priorité, après une épreuve douteuse, malgré l'opposition qui lui est faite par le Premier Consul. L'on en commence immédiatement la discussion et l'on vote ses cinq premiers articles.

Au début de la séance du 26 Vendémiaire, an X (18 Octobre 1801), Portalis fait remarquer qu'arrivé à ce point de la discussion, il convient au conseil de se prononcer sur la question de savoir si la séparation de corps sera admise parallèlement au divorce et sur le même pied d'égalité.

Après une discussion assez longue et quelque peu confuse, le Premier Consul fait décider « de placer la matière de la séparation dans un Chapitre à part, et de ne s'occuper d'abord que du divorce ». Le reste de la séance est consacré à l'examen du Chapitre II, intitulé « des *Formes du Divorce* ».

A la séance du 4 Brumaire an X (26 Octobre 1801). Emmery présente une rédaction en cinq articles sur les causes du divorce. Nous voyons dans son article quatre que « les sévices et les mauvais traitements ne donnent lieu qu'à l'action en séparation de corps ; et la non-réconciliation dans les trois ans une cause de divorce ». Le Conseil examine successivement les trois premiers articles ; quand on arrive à l'article quatre, la discussion recommence sur la valeur comparative du divorce et de la séparation et sur leurs sphères d'application respectives. Il y a un débat assez long ; on procède au vote sur la division de l'article quatre, puis l'on juge plus sage de renvoyer la question à plus tard, lors de la discussion du chapitre spécial qui sera consacré à la séparation de corps.

L'article cinq est alors adopté, ensuite Emmery donne encore lecture d'un projet « concernant des conditions pour le divorce par consentement mutuel ». Ces différentes conditions sont mises successivement en discussion et votées, sauf la première. A la séance suivante qui eut lieu le 6 Nivôse an X (27 Décembre 1801). Emmery présente une nouvelle rédaction du projet de loi sur le divorce. Le Chapitre premier, intitulé des *Causes dû divorce*, est soumis à la discussion. L'on vote sans débats les cinq premiers articles et notamment l'article quatre qui deviendra l'article trois cent six du code. Avec l'article six, la discussion reprend sur le divorce par consentement mutuel et elle occupe toute la séance jusqu'à ce que, de guerre lasse le Conseil adopte, sur la proposition de Cambacérés, un divorce par consentement mutuel pur et simple mais qui sera entouré des plus sévères restrictions.

Le 14 Nivôse an X (4 Janvier 1802), le Chapitre II du nouveau projet est soumis à la discussion.

La section I^{re} intitulée *Des Formes du divorce* pour causes déterminées et la section II, intitulée *Des Mesures provisoires* auxquelles il peut donner lieu, sont adoptées successivement sans grands débats. Puis le Conseil aborde ensuite le chapitre trois des *Formes du divorce par consentement mutuel*. Il est voté assez rapidement.

Nous arrivons ainsi au chapitre IV des *Effets du Divorce* qui occupe toute la séance du 16 Nivôse an X (6 Janvier 1802). La discussion de ce Chapitre n'est pas terminée et l'on n'entame même pas celle du Chapitre V. Chapitre spécial consacré à la séparation de corps.

Les débats sur le divorce, arrêtés à la séance du 16 Nivôse an X (6 Janvier 1802), ne reprennent que le 22 Fructidor an X (9 Septembre 1802). La discussion n'est pas reprise exactement au point où l'on s'était arrêté. Emmery fait revoter en seconde lecture, en quelque sorte, tout le titre du divorce avec, çà et là, quelques modifications le plus souvent de pure forme dans la rédaction des articles. L'on atteint enfin le Chapitre V. De la *Séparation de corps* dont les articles sont présentés au conseil tels qu'ils devaient

lui être déjà soumis huit mois auparavant. Et ce Chapitre spécial auquel l'on avait, au cours de la discussion, réservé ou renvoyé tant de questions, se trouve être voté sans modifications, nous serions presque tenté d'écrire au milieu de l'indifférence la plus complète si nous ne relevions quelques courtes observations présentées, dans un but de précision, par Trousseau, Portalis et Réal.

Ici se termine la discussion du projet du divorce au Conseil d'Etat. Le premier consul ordonne qu'il sera communiqué par le Secrétaire général du Conseil d'Etat au Président de la Section de Législation au Tribunal. C'était avant la communication, prévue par la constitution du 22 Frimaire an VIII, la communication officielle (1) telle quelle résultait de l'arrêté consulaire du 18 Germinal an X (2).

Le Tribunal examina le projet à la séance du 5 Vendémiaire an XI et dans les suivantes. Puis les sections de législation des deux assemblées (Tribunal et Conseil d'Etat), se réunissent dans une conférence (3) commune, inter-parlementaire comme nous dirions aujourd'hui, pour s'entendre sur les changements proposés. En ce qui concerne notre Chapitre V « *De la séparation de corps* », les modifications réclamées par le Tribunal étaient de pure forme, elles furent admises sans difficulté. Il n'en fut pas de même pour le divorce. Deux points, sur lesquels l'accord ne s'était pas réalisé furent réservés pour l'Assemblée

(1) Elle facilitait l'accord entre les deux assemblées; le tribunal n'était plus forcé de rejeter en bloc le projet qui lui était soumis. Car c'était là une des beautés du système de Sièyès : le tribunal n'avait pas le droit d'amendement.

(2) C'est à cette date que le premier consul fit aussi cesser l'état de *diète* dans lequel il avait mis le tribunal, à la suite du rejet par cette assemblée des deux premiers titres du code civil. Bonaparte avait montré par la mesure « d'épuration », prise contre les tribuns hostiles à ses idées, qu'il n'entendait pas laisser le dernier mot à ceux qu'il traitait de bavards, de métaphysiciens ou encore d'idéologues.

(3) Quant à l'activité législative du Conseil d'Etat, elle n'avait pas été complètement arrêtée : la discussion générale au Conseil d'Etat, toutes sections réunies, fut suspendue pendant quelques mois, ainsi que nous l'avons vu plus haut, mais la section de législation ne poursuivit pas moins son travail législatif ; elle poussa plus avant l'examen des titres qui suivaient celui du divorce.

générale du Conseil d'Etat. Cela occupa la séance du Conseil d'Etat du 20 Brumaire an XI (11 Novembre 1802), ensuite l'on vota le projet tout entier dans sa forme définitive tel qu'il allait être porté au Corps Législatif, (séance du 19 Ventôse an XI (10 Mars 1803), avant son retour au Tribunal pour la communication officielle (séance du 27 Ventôse an XI (18 Mars 1803).

A la séance du 28 Ventose le tribunal vote l'adoption du projet de loi ; et son vœu est porté au corps législatif. Cette Assemblée après avoir entendu les discours du tribun Gillet et du conseiller d'Etat Treilhard tous deux favorables au projet, l'accepte et le décrète de suite au cours de sa séance du 30 Ventôse an XI (21 Mars 1803). Et, enfin, dans les délais légaux, le 10 Germinal an XI (31 Mars 1803), eut lieu la promulgation de la loi sur le divorce qui devait constituer le titre VI de notre Code.

CHAPITRE VIII

ESQUISSE DES PRINCIPAUX RÉDACTEURS DU TITRE VI DU CODE CIVIL (DIVORCE ET SÉPARATION DE CORPS)

. Après cette analyse sommaire, qui nous a fait connaître la place relativement restreinte, occupée par la séparation de corps dans la discussion, il ne nous resterait plus qu'à passer à l'examen des diverses opinions, émises au cours des débats, pour achever l'étude historique de notre titre. Mais cette façon de procéder ne nous donnerait qu'une vue superficielle du grand conflit d'idées, qui se déroula durant plusieurs séances, avant d'aboutir à une solution transactionnelle.

Quant aux procès-verbaux officiels du Conseil d'Etat, que nous les prenions dans Fenet, Locré ou Favard de Langlade, ils sont coulés tous dans le même moule. Tout le monde discute sur le même ton : c'est le même flux de paroles abondant et facile. C'est toujours le même législateur. Cet être moral, véritable entité métaphysique, nous apparaît dépouillé des passions qui agitent communément les hommes. Or si nous nous rapportons aux mémoires des contemporains, notamment à ceux d'un témoin oculaire, le conseiller d'état Thibaudau, les thèses en présence se heurtèrent parfois violemment. Nos législateurs n'avaient pas à concilier seulement la théorie et la pratique, le droit écrit et les coutumes. Il leur fallait

encore faire vivre ensemble, sous l'empire des mêmes lois, acceptées par tous, ceux qui, la veille encore, cherchaient à s'entre-détruire ; ils devaient réconcilier l'ancienne France et la nouvelle, renouer le passé au présent et par là à l'avenir. Or qu'étaient ces hommes, venus des quatre points cardinaux de la politique comme du pays ?

Nous n'allons pas passer en revue tous ceux qui ont participé à l'élaboration du Code civil ; il nous suffira de nous arrêter quelque peu sur ceux dont le rôle a été le plus marquant dans la renaissance de notre institution. Nous commencerons par une très courte esquisse de la formation intellectuelle et philosophique de Napoléon Bonaparte. Nous le mettons au premier rang, non seulement pas parce qu'il fut le principal moteur du Code Napoléon par l'ardeur avec laquelle il en poursuivit l'achèvement, mais encore, par la part active qu'il prit à son élaboration (1) même. Et, si cette formule paraît vraie, d'une façon générale pour l'ensemble du Code, elle l'est, d'une manière absolue, pour qui aborde l'étude de cette partie des travaux préparatoires, et se rend compte de l'influence prépondérante (2) qu'il exerça autour de lui au cours de la discussion du titre VI.

A ce moment de notre histoire nationale, Bonaparte est âgé de 32 ans. A-t-il des idées bien arrêtées en législation et en sociologie ? Ce n'est rien moins que sûr. Il avait beaucoup lu en sa jeunesse, rêvé plus encore, puis il s'était jeté à corps perdu dans l'action et avait déjà mené, à cette période de sa vie, une existence qui aurait pu, à elle seule,

(1) Ce point acquis, nous devons également à la vérité de reconnaître que certains articles du Code, rédigés conformément à ses vues, ne sont pas d'une inspiration toujours heureuse.

(2) Thibaudeau, qui ne saurait être suspect de partialité à l'égard du Premier Consul, dont il n'eut pas toujours à se louer, le juge de la sorte : « Il présida la plupart des séances du Conseil d'Etat où le projet du Code fut discuté, et prit une part très active à sa discussion. Il la provoquait, la soutenait, la dirigeait, la ranimait... Au cours de la discussion il ne fut jamais inférieur à aucun membre du Conseil... On n'avance rien ici qui ne soit prouvé par le procès-verbal des discussions qui a été imprimé. C'est une erreur de croire que Loaré, par flatterie, aurait arrangé après coup ses discours sous l'inspection du Consul Cambacérés, le teinturier du Premier Consul » Ce passage est à lire en entier, p. 411 et suivantes.

remplir dix vies d'hommes ordinaires. Ses biographes sont unanimes à reconnaître son ignorance (1); mais il eut tôt fait de combler (2) les lacunes énormes qui déparaient ce cerveau, l'un des plus prodigieux qui ait jamais existé. Ce qu'il nous importe de signaler ici, et ce que l'on ne saurait trop mettre en lumière, c'est que notre Code a été rédigé à un moment où l'influence de Napoléon Bonaparte n'a pu être despotique, comme elle n'aurait pas manqué de l'être quelques années plus tard. Il acceptait alors et allait souvent même au-devant des objections; le Code de nos lois civiles a heureusement bénéficié de ses bienfaisantes dispositions d'humeur. Cela nous a valu une œuvre de transaction, conçue dans un large esprit de modération, ce qui en fait encore tout le prix, après lui avoir assuré un plein succès. Et, si nous vivons toujours sur le Code de 1804, comme dans le cadre des institutions administratives de l'an VIII, alors que la partie purement politique du système a disparu depuis longtemps, c'est que tout cela n'était pas la seule résultante des besoins du moment, mais était le fruit d'une longue évolution, remontant par de là

(1) Stendhal: *Vie de Napoléon* p. 35. « Il ne savait ni l'orthographe, ni le latin, ni l'histoire », et l'auteur nous en donne la raison : « Tout était affaibli et étioilé, en 1785, dans le déclin final de la monarchie de Louis XVI; tout, etc... » Cf. Miot Mérito, *Mémoires*, t. I, p. 84.

Cf. Chaptal: *Mes souvenirs sur Napoléon*, p. 225. « Bonaparte avait un mérite qui est d'autant plus rare qu'on est parvenu à un rang plus élevé. Il ne rougissait pas du peu de connaissances qu'il avait dans les détails de l'administration générale. Il questionnait beaucoup, demandait la définition et le sens des mots les plus usités; il provoquait la discussion et la faisait continuer jusqu'à ce que son opinion fût formée. »

(2) Chaptal, *loc. cit.* p. 226. « A cette époque les ministres et le Conseil d'Etat avaient sur lui quelque pouvoir. Son jugement n'étant pas encore formé sur la plupart des sujets, il souffrait la discussion et c'était possible alors de l'éclairer, souvent de faire prévaloir l'avis qu'on émettait en sa présence. Aussi cette époque a-t-elle marqué par les travaux en jurisprudence en administration et en finances qui ont été admirés de toute l'Europe et qui feront longtemps l'orgueil de la France.

« Mais du moment que Bonaparte a eu des idées, vraies ou fausses, arrêtées sur tous les objets de l'administration, alors il n'a plus consulté personne; ou, s'il consultait, ce n'était plus pour embrasser les avis qu'on lui donnait. Il suivait constamment ses idées; son opinion était sa seule règle de conduite; il se moquait avec aigreur de tous ceux qui émettaient un avis différent du sien; il cherchait à les tourner en ridicule et disait souvent en se frappant la tête que ce bon instrument lui était plus utile que les conseils des hommes qui passaient pour avoir de l'instruction et de l'expérience. »

la Révolution, au cœur même de l'Ancien Régime. Le « grand homme » ici n'était pas un novateur ; c'était un réalisateur. Il était bien le produit d'une époque, un fils légitime de la Révolution : il avait été pendant assez longtemps « jacobin comme tout le monde », il avait fréquenté l'abbé Raynal, Robespierre jeune, Volney et avait professé la plus vive admiration pour le philosophe de Genève.

L'influence de J.-J. Rousseau sur Bonaparte est manifeste ; elle ne se révèle pas seulement dans ses essais de jeunesse, notamment dans son Discours à l'académie de Lyon. Pourtant, même quand il eut cessé de parler le « jargon révolutionnaire », il ne put se défaire complètement de ce que l'on a appelé « l'esprit jacobin » (1). Ce n'est pas dans l'ordre politique seulement qu'il a été influencé par Rousseau. La conception de la famille et du mariage procède de la même inspiration que celle qui anime l'auteur du contrat social. Celui-ci n'eût pas désavoué cette profession de foi du Premier Consul que nous avons rencontrée au cours de la discussion de notre titre VI. « Le mariage prend sa forme des mœurs, des usages, de la religion de chaque peuple... L'organisation des familles ne dérive donc pas du droit naturel, etc. ». Quant à son opinion sur le divorce elle en découle (2) forcément. En effet, la conception de Napoléon du mariage et du divorce est fonction du rôle qu'il assigne à la femme dans la société et de son opinion sur ce sexe. Notre titre VI même, nous offre une illustration immédiate de cette formule, par cet aveu du Premier Consul qu'enregistre Fenet (3). « Une jeune personne consent à se marier ; elle accepte un mari d'âge disproportionné etc..... La loi (4) doit donc lui ménager une ressource

(1) Cf. Taine, *Revue des Deux-Mondes*, année 1887, p. 727 ; Mason.

(2) C'est la même idée que nous avons rencontrée sous une autre forme dans ce mot qu'on cite de Jules Simon : « Ce qui donne son caractère à une doctrine sur le mariage c'est la solution adoptée sur le divorce. »

(3) Fenet, *op. cit.* t. IX, p. 265.

(4) N'est-ce pas du Rousseau du *Contrat social*, et si nous voulons suivre toute la genèse de ce concept, ne faut-il pas remonter jusqu'à Jurieu que Bonaparte n'a pas dû connaître, certes, mais auquel il se relie par Jean Jacques. Quant à sa conception première de la loi, avant qu'il n'ait mis la main à la pâte, qu'il n'eût constaté lui-même la difficulté de légiférer dans

pour le moment où, l'illusion cessant, elle reconnaît qu'elle se trouve dans des liens mal assortis etc.... » Maintenant, quelle place Bonaparte assignait-il à la femme dans la famille et dans la société ? Ici encore nous pourrions montrer l'influence du Genevois, quoiqu'elle n'ait pas été naturellement la seule, dans la formation d'un être aussi complexe.

Sentimental comme il l'a été, Rousseau ne pouvait pas ne point parler de la femme. Il lui consacre de longs développements et dans la *Nouvelle Héloïse* et dans l'*Emile*. Tout le monde sait l'influence que ce père dénaturé eut, de son temps, sur les soins à donner aux enfants (1) du premier âge. Mais il ne fait aucune place à la femme dans la cité. Il n'en est jamais question dans le *Contrat social*.

Il ne faut point voir là l'effet du parti pris, d'un antique préjugé sur la *debilitas sexus*. Rousseau, l'homme qui fut si adulé des femmes, jugeait que l'empire des salons et des cœurs leur suffirait toujours. Les grandes transformations économiques qui ont bouleversé le monde moderne ne s'étaient pas encore produites. Toute femme pouvait, alors, espérer, avoir un foyer, et à celles qui n'avaient rien à attendre du monde restait le couvent, qui n'était pas toujours ce que croit un vain peuple. Disciple de Jean-Jacques, à ce point de vue (2), Napoléon Bonaparte a été en même temps en cela l'homme de son siècle, ni misogyne,

l'absolu, il était d'un apriorisme, que nous avons peine à concevoir. Voir *Mémorial de Sainte-Hélène*, t. II, p. 247. « On ne peut échapper à l'arbitraire du juge qu'en se plaçant sous le despotisme de la loi. J'avais d'abord rêvé qu'il serait possible de réduire les lois à de simples démonstrations de géométrie, si bien que, quiconque aurait su lire et ller deux idées, eût été capable de prononcer ; mais je me suis convaincu presque aussitôt que c'était une idéalité absurde ».

(1) Faut-il voir, là encore, l'empreinte de Rousseau dans ce fait que Napoléon Bonaparte a toujours vu dans la femme la génitrice : « Combien d'enfants avez-vous ? » C'étaient ses premiers mots à toute femme qu'il voyait pour la première fois. Empereur, il ne changea point sa manière de faire.

(2) N'est-ce pas la tutelle perpétuelle des femmes romaines que le système qui est ainsi développé par le Premier Consul au cours de la discussion du Titre du mariage : « Est-ce que vous ne ferez pas promettre obéissance par la femme ? Il faudrait une formule pour l'officier de l'état civil et qu'elle contint la promesse d'obéissance et de fidélité par la femme. Il faut qu'elle sache qu'en sortant de la tutelle de sa famille, elle passe sous celle de son mari. » Cf. Thibaudeau, *op. cit.*, p. 433 ; Fenet, t. IX, p. 34.

ni antiféministe avant la lettre. Mais il était encore quelque chose d'autre que tous ses conseillers d'état. Il était ce que l'on oublie trop, un pur latin, le descendant d'une famille italienne de vieille roche. L'antique *patria potestas* restait, malgré toutes les déclamations des philosophes, une réalité bien vivante ; et rien n'avait pu affaiblir sur ce point les premières impressions de son enfance. A ce vieux fonds, à ces premiers sédiments qu'avait-il apporté par son expérience personnelle ? Certes, de son contact avec Rousseau il resta sentimental et il le manifesta en diverses circonstances quoiqu'il ne sut jamais parler aux femmes. Mais, eu regard de cette attitude plutôt littéraire, si l'on veut, considérons ce que lui apprend la vie. Nous ne parlerons pas de celle des camps, car au dire de ses biographes, il demeurera toujours un soldat, même sur le trône. Le spectacle du monde, celui d'une autre civilisation, de l'Orient, qu'il aima, passionnément, dans ses mœurs comme dans sa religion, pouvait-il modifier cette propension naturelle qui le portait à faire toujours de la femme la subordonnée de l'homme ? La question ne se pose pas pour tous ceux qui savent ce qu'il a pu apprendre alors en Egypte et en Syrie, de la situation faite à la femme dans la société musulmane. De retour en France qu'a-t-il eu sous les yeux ? La Révolution, qui avait voulu affranchir le genre humain, n'avait-elle pas libéré également l'autre sexe ? Les *Merveilleuses* du Directoire ne s'étaient assagies ni avec le temps ni avec l'âge ; et les mémoires écrits sous le Consulat nous montrent que Bonaparte Consul fut aux prises avec tous les débordements de la licence la plus effrénée. Nouvel Auguste (1), il s'efforça de purifier son

(1) Legouvé, *Histoire morale des femmes*, p. 5.

« Le code, dit M. Legouvé, fut conçu et discuté dans des circonstances fatales aux femmes. On sortait du Directoire ; les imaginations étaient toutes pleines encore de mille désordres où les femmes s'étaient précipitées. »

Cf. *Mémoires de Talleyrand*, t. III, p. 71 : Paris 1839.

Napoléon Bonaparte disait : « Savez-vous où il faut d'abord porter la réforme ? dans les mœurs. La société tout entière est à reconstruire ; le Directoire en a fait des bacchanales perpétuelles... »

• Il faut surtout refouler à leur place ces femmes impudiques, tarées, souillées par huit divorces, par des intrigues hideuses. »

palais, en même temps qu'il étudiait les mesures les plus propres à ramener l'ordre dans les familles comme dans la cité. Pouvait-il oublier tout cela, s'affranchir de toutes ces préoccupations au sein des conseils du gouvernement et plus particulièrement au Conseil d'Etat, au cours des débats qui vont s'engager sous sa direction. Nous avons tenté d'esquisser ce qu'était, ce que pouvait penser cet homme qui tenait déjà entre ses mains les destinées du pays. Passons rapidement en revue quelques-uns de ses collaborateurs les plus immédiats, ceux, qui, après lui, eurent la plus grande part dans la décision qui fut prise.

Sitôt après Bonaparte, nous mettons Cambacérès. Nous ne nous sommes pas attaché, pour effectuer ce classement, à sa situation officielle de second consul, mais à sa participation effective à l'élaboration (1) de notre titre. Certes si l'on se basait sur la simple lecture de cette partie des travaux préparatoires, l'on constaterait qu'il occupe une place moindre dans la discussion que Portalis, Boulay, Tronchet, Maleville, Emmercy qui sont avec le Premier Consul ceux qui parlent le plus souvent. Cet effacement réel de Cambacérès, qui n'est d'ailleurs pas particulier à notre titre, a quelque peu dérouté la postérité : on a toujours été tenté de lui assigner un rôle inférieur à celui qu'il a effectivement accompli. Si cet homme d'état s'est plu à rester dans l'ombre de Bonaparte, ce ne fut nullement par modestie naturelle, mais seulement par prudence autant que par sagesse politique, à moins, que ce ne fût à tout cela déjà réuni, par l'effet encore de son tempérament propre et de l'habitude. Bonaparte, appréciant un jour les rédacteurs du Code civil, a dit de son collègue qu'il faisait « l'avocat général » (2). Aucune comparaison n'est plus juste, appliquée à caractériser sa manière à la

(1) C'était à lui qu'était dévolu le soin de réunir les deux sections du Conseil d'Etat et du Tribunat au cours de la communication officieuse, dont il avait été l'inventeur et il les convoquait chez lui.

Cf. Sur l'importance du rôle de Cambacérès, A. Vandal, *l'Avènement de Bonaparte*, t. II, p. 230, 482 et 518, et Dubédat.

(2) Cf. Thibaudeau, *op. cit.*, p. 415.

fois si souple et si persuasive. Il intervenait en général à la fin de la discussion, après avoir laissé à toutes les opinions la possibilité de se manifester. Il reprenait et résumait les diverses thèses en présence, puis il donnait son avis qui généralement entraînait la décision du Conseil. C'est qu'il personnifiait, mieux peut-être que le Premier Consul, c'est-à-dire avec plus de science juridique et plus de pondération (1) de langage (2) et de caractère, l'esprit de conciliation qui a présidé à toute la rédaction de nos lois civiles. Quoiqu'il fût originaire du midi, qu'il y ait occupé avant la Révolution une haute situation dans la magistrature, il chercha toujours un terrain d'entente entre les partisans du droit écrit et du droit coutumier. Nous n'avons pas à montrer comment il fut le conseiller toujours consulté, sinon toujours suivi du Premier Consul dont il fit avec Tronchet, l'éducation juridique. Qu'il nous suffise de dire qu'il avait, avec le nouveau maître de la France, beaucoup de points communs. Il avait partagé son admiration pour J.-J. Rousseau et il avait été, à un certain moment de sa vie du moins, tout imprégné des idées du Contrat social. Car ce « sage », qui fut avant tout un habile, n'avait pas d'opinions irréductibles : l'histoire de ses trois projets successifs de code civil nous l'a déjà montré. Néanmoins il gardait assez encore de son passé révolutionnaire pour que Bonaparte dise au début du consulat de ses deux collègues : « Cambacérès forme l'aile gauche et Lebrun l'aile droite de mon gouvernement. »

(1) Chaptal, *op cit.*, p. 259.

« Les deux seules personnes qui parviennent à mitiger les colères de Bonaparte étaient Cambacérès et Joséphine. Le premier ne cherchait jamais à brusquer ou à contrarier ce caractère impétueux. C'eût été le pousser à de plus grandes violences ; mais il le laissait se développer avec toute sa fureur ;... et il étudiait avec sagesse et prudence le moment où cet emportement s'était exhalé sans contrainte pour lui soumettre quelques réflexions. J'ai souvent admiré le calme et l'adresse de Cambacérès à ce sujet et je l'ai vu plusieurs fois parer à de grands malheurs. »

Cf. *Mémoires de Bourienne*, t. III, p. 228.

(2) « La politesse avec les femmes n'entrait pas dans le caractère habituel de Bonaparte, etc., etc. Il se plaignit plusieurs fois au commencement du Consulat de la mode des robes décolletées. »

Nous ne reviendrons pas sur les idées émises à la Convention par Cambacérès sur la famille, le mariage, et le divorce ; elles nous sont déjà connues, et par ce que nous en avons dit, et par l'esquisse que nous avons tracée des idées du Premier Consul en cette matière. Quant à ses idées générales en législation, ce n'est pas ce que nous en a fait connaître le *Moniteur Universel*, qui pourrait retenir notre attention. Sa conception du droit naturel est bien pauvre au regard de celle de Portalis à laquelle nous arrivons.

On a souvent montré par l'exemple de Portalis à quel point la théorie du droit naturel avait inspiré les rédacteurs du code. Et ceci nous conduit, nécessairement, à examiner dans quelle mesure cette conception l'a guidé et soutenu, au Conseil d'Etat, dans ce grand conflit d'idées provoqué par le heurt de thèses inconciliables. Bonaparte ne déclarait-il pas à Portalis même « que le mariage n'est pas de droit naturel ». Or, nous savons que toute doctrine sur le mariage a sa corrélation forcée et nécessaire dans la solution adoptée en matière de dissolution volontaire du mariage. Quel sera, donc, le sentiment de Portalis, le grand philosophe du Code civil sur ce point délicat. Se montrera-t-il là un pur doctrinaire de l'Ecole du droit naturel ? D'ailleurs, l'est-il même autant qu'il paraît l'être, de prime abord ? Certes, l'on pourrait, par de nombreux exemples, empruntés à ses écrits de tous genres ou à ses discours, montrer en lui la persistance de cette croyance au droit naturel. Mais si Portalis n'avait été que l'homme d'une idée, ou mieux d'une doctrine, il aurait adopté en cette matière une solution que nous connaissons : celle qui découle du principe de l'inaliénabilité de la personne humaine, ou, sans aller jusqu'aux conséquences extrêmes de la théorie, il se serait vraisemblablement arrêté à mi-chemin de cette idée. Or nous ne lui découvrons rien de tel, et cela à quelque moment que ce soit de sa vie. C'est que d'autres influences ont agi sur sa formation intellectuelle et ont persisté chez lui, comme nous allons l'indiquer brièvement. Cet homme d'État, en effet, n'a pas subi seulement l'influence de la philosophie du Droit

naturel qui régnait au XVIII^e siècle. Il est, à l'opposé de Cambacérès, qui suivit Rousseau, un disciple de Montesquieu. Ainsi, nous voyons se rencontrer (1), au sein du Conseil d'Etat, les deux influences qui se sont mêlées, sans se confondre, tout le long de la Révolution : celle de Montesquieu et celle de Jean-Jacques ; la première paraissant plus accusée chez les constitutants et l'autre exerçant son prestige sur les conventionnels. Nous ne dirons pas que l'influence de Montesquieu va redevenir prépondérante sous le Consulat puisqu'en fait de nouveautés législatives, les institutions qui virent le jour à cette époque sont presque autant de compromis entre l'ancien droit et le droit récent, issu de la Révolution, quand ce ne sont pas des choses anciennes habillées d'un vocable nouveau. Mais, à défaut d'une adhésion à ses conceptions politiques et sociales, n'est-ce pas le meilleur même de la méthode préconisée par Montesquieu, qui a constamment prévalu, que cette volonté persistante de conciliation, cette adaptation continuelle de la législation à un nouvel état social, alors que l'absolutisme des doctrinaires à la Robespierre ou à la de Bonald se trouve être constamment écarté.

Parmi les rédacteurs du Code, Portalis est l'un des plus fervents disciples et admirateurs de Montesquieu en même temps qu'il se montre très pénétré de l'idée du relativisme de la loi positive. Sa filiation spirituelle avec l'auteur de l'*Esprit des Lois* étant établie, il n'est pas possible de le considérer comme un pur doctrinaire de l'Ecole du droit naturel. Le droit n'a plus pour lui ce

(1) L'opposition entre Montesquieu et J.-J. Rousseau ne résulte pas forcément de leurs idées, qui n'étaient peut-être pas aussi inconciliables qu'on l'a voulu dire. Mais elle est historiquement vraie, en ce sens que les contemporains et leurs disciples immédiats se sont complu à les opposer l'un à l'autre. A l'appui de ce que nous venons de dire, nous trouvons chez Portalis sa réfutation de l'*Emile*, qui est une œuvre de jeunesse assez faible et divers passages de l'*Usage et abus de l'esprit philosophique*, d'ailleurs bien meilleurs ; enfin, Rousseau lui-même chercha à ridiculiser Montesquieu à propos de sa théorie des trois pouvoirs dans le morceau célèbre : « Les charlatans du Japon dépècent un enfant... » *Contrat social*, t. II, Chap. II

caractère d'immutabilité et de perpétuité qui est la marque de la théorie du droit naturel. Il a eu, bien avant nos auteurs modernes, la notion d'un droit naturel évolutif, ce que l'on a appelé depuis, un droit naturel à contenu variable (1).

L'influence (2) de Montesquieu sur Portalis est indéniable. En effet, ne proclament-ils pas l'un et l'autre que les lois d'un peuple seront ce que sont ses mœurs, et que le législateur ne peut façonner à sa guise l'âme de ce peuple ni ses mœurs ; à l'opposé des Jacobins, ils ne croient pas à la toute puissance de la loi.

Nous venons de rappeler la filiation spirituelle de Portalis avec l'auteur de *l'Esprit des lois* ; examinons, brièvement, quelles ont pu en être les conséquences sur sa conception générale du rôle du législateur en matière de mariage et sur son opinion sur le divorce. A propos du mariage, Portalis, en effet, déclare que le législateur doit se préoccuper de savoir s'il est en présence d'une société naissante ou d'une nation déjà formée : selon le cas, la solution variera sensiblement. C'est la même distinction qu'il fera à l'occasion du divorce : « si nous avons affaire à un peuple neuf, répondit-il, un jour à Bonaparte, au Conseil d'Etat, je ne l'établirais pas ». Et, dans l'énoncé des considérations, qu'il fait rentrer en ligne de compte, pour l'admission ou le rejet de cette institution, Portalis ne semble que para-

(1) *Ein naturrecht mit wechselnden Inhalt*. Cf. Stämmler, *Wirtschaft und Recht*, p. 685 ; R. Saleilles, *Ecole Historique et Droit naturel*, p. 97 ; Charmont, *Renaissance du Droit naturel*, Chap. ix, Droit naturel à contenu variable, p. 167. Cf. Korkounof, *Théorie générale du Droit*, avec une préface de M. Larnaude, traduit du russe par M. Tchernoff, Paris, 1903.

(2) Cf., parmi d'autres du même genre cette appréciation de Portalis sur Montesquieu : « Il était réservé à Montesquieu de créer la véritable science des lois, d'appeler science, une suite de vérités liées les unes aux autres, déduites des premiers principes, réunies en un corps plus ou moins complet de doctrines ou de systèmes sur quelque'une des branches principales de nos connaissances. L'ouvrage de Montesquieu était encore trop fort pour le moment où il parut. Voltaire lui-même n'était pas assez avancé pour en bien juger. » « L'ouvrage de cet auteur (l'immortel auteur de *l'Esprit des lois*), opéra peu à peu dans la politique, dans la jurisprudence, la même révolution que le newtonianisme avait opérée dans les divers systèmes du monde. »

Nous savons que c'est grâce aux travaux de Vico, Montesquieu et Herder qu'apparaît au XVIII^e siècle l'idée d'évolution historique, laquelle devait donner naissance à l'école de Puchta et de Savigny.

phraser ce passage célèbre de l'*Esprit des Lois* : « Elles (les lois) doivent être relatives au physique du pays, au climat... à la constitution etc. ». Cependant, le principe même du divorce, qu'il a fini par admettre ne découle pas de son relativisme en législation ; il le fonde sur la liberté des cultes. Et ceci nous amène à envisager un troisième élément dans la genèse de Portalis : l'influence du catholicisme. Ce facteur est loin d'être négligeable, surtout envisagé du point de vue qui nous occupe, celui de la famille, du mariage, et du divorce. Chez notre homme d'État, si l'influence chrétienne a pu être largement balancée par celle du monde, par les idées du XVIII^e siècle notamment, elle n'a pas moins persisté durant toute sa vie. Elle remontait à sa plus lointaine enfance. Car, Portalis, et c'est ce qui achève de le distinguer de la plupart de ses contemporains, issu d'une vieille famille de la Provence, eut comme premier précepteur son père, professeur de droit canon à l'Université d'Aix. Elevé dans ce milieu, il y conserva toujours de profondes amitiés en même temps qu'il y acquerrait de solides connaissances spéciales ; et les unes et les autres lui servirent d'ailleurs plus tard (1), quand il fut chargé officiellement, après le Concordat, de toutes les affaires ecclésiastiques (2). A ce fonds d'idées chrétiennes, ajoutons ce qu'il doit à la philosophie qu'il étudia beaucoup, et à l'exercice de la profession d'avocat où il se distingua, et nous aurons une idée à peu près complète de Portalis, qui demeura toujours un parlementaire d'autrefois, philosophe et catholique gallican, en même temps que profondément attaché à ses traditions locales. C'est ce dernier trait de son caractère que nous

(1) Portalis était fort lié avec l'abbé Bernier, l'un des négociateurs du Concordat. Ajoutons encore que l'abbé d'Astrog, plus tard cardinal, qui rédigea avec lui le cathéchisme impérial, était son neveu en même temps que son secrétaire. Bornons-nous, à ces deux noms.

(2) Nommé conseiller d'état le 1^{re} vendémiaire an IX (22 septembre 1800), il avait été officieusement chargé de toutes les affaires concernant les cultes : après le concordat, il fut nommé Directeur des affaires ecclésiastiques, le 16 vendémiaire an X (7 octobre 1801) ; puis, enfin. Ministre des Cultes le 21 messidor an XII (10 juillet 1804).

allons fixer. En effet, Portalis qui avait déjà conquis la grande notoriété bien avant la Révolution, ne l'avait pas acquise seulement par sa consultation (1) célèbre sur la validité du mariage des protestants ; sa protestation contre la suppression des Parlements y contribua encore beaucoup. Il y prenait la défense des libertés locales ; à cette époque, il n'était pas partisan de la codification. Cependant, s'il l'a admise plus tard, par suite des profondes modifications survenues dans la société française, il ne demeura pas moins partisan de lois spéciales. Nous le constatons, au cours de la discussion au Conseil d'Etat, sur le choix d'un régime matrimonial de droit commun. Portalis fut au début partisan de la thèse de Maleville, qui voulait faire adopter le régime dotal comme régime légal pour le midi, alors que la communauté aurait été conservée pour les anciens pays de coutume. Mais, avec son intelligence souple, il se rendit compte que cette solution n'avait aucune chance d'aboutir. Il préconisa donc un troisième système (2) transactionnel, qui laissait aux parties le soin d'opter entre la communauté et le régime dotal. La difficulté n'était que momentanément écartée. Car, que décider au cas où les parties se mariaient sans contrat. Nous pensons que cette question aurait pu faire l'objet d'une seconde interpellation de la part de l'officier de l'état civil. Il n'en fut pas question au cours des débats. Tronchet, l'adversaire du régionalisme, se rallia pourtant un moment à cette thèse, dans un esprit de conciliation. Mais il déclara ensuite que cette « difficulté » de faire coexister deux régimes légaux concurrents, ne pouvait être levée sans établir le droit territorial (3),

(1) Elle fut rédigée en 1770 sur la demande du duc de Choiseul. Le Patriarche de Fenet fit en ces termes l'éloge du jeune auteur de cette consultation. « Si les avocats sont assez courageux pour signer cette dissertation... je me fais porter en litière tout mourant que je suis. » Portalis s'exprimait déjà ici comme il le fera plus tard : « suivant le droit naturel, civil et canonique le mariage consiste essentiellement dans la volonté des parties... Jésus-Christ n'est point venu changer l'ordre de la nature, mais seulement le sanctifier. » Le Ridant, qu'il avait dû certes beaucoup pratiquer, n'en disait pas davantage.

(2) Cf. Fenet, *op. cit.*, t. XIII, p. 526.

(3) Cf. Fenet, *op. cit.*, t. XIII, p. 572.

Ce fut l'argument décisif (1) : les systèmes de Maleville et de Portalis furent écartés et la communauté légale fut adoptée comme régime de droit commun pour toute la France.

Ceci nous amène tout naturellement à envisager l'importance du rôle qu'a joué Tronchet, dans la rédaction du Code civil et, en ce qui nous intéresse tout particulièrement dans le rétablissement de la séparation de corps. Nous ne pourrions à notre grand regret, lui consacrer un développement aussi étendu que celui que nous avons fait aux trois précédents législateurs. D'ailleurs, la figure de celui à qui Bonaparte a décerné le titre de *Premier Jurisconsulte de France*, est bien connue. Tronchet n'a pas été seulement une belle intelligence (2), ce fut aussi un caractère. Il le montra pendant la Révolution, quand il accepta de défendre Louis XVI, après le refus de Target ; il l'a encore été par la suite comme Président du Sénat vis-à-vis de Napoléon I^{er}, dans toute la splendeur de son règne commençant, ainsi que nous l'apprend Thibaudeau dans ses *Mémoires* (3). Comme nous le verrons, dans l'examen des opinions émises au cours de la discussion du titre VI du Code, le Premier Consul fait souvent appel à ses lumières. Tronchet fut cependant un adversaire irréductible du divorce par consentement mutuel comme pour cause d'incompatibilité d'humeur. En ce qui concerne la séparation de corps, il en fut un partisan très mitigé. C'est pour cette raison, quant au rôle par lui joué dans l'élaboration de notre titre que nous le plaçons après Bonaparte, Cambacérès et Portalis ; mais, pour l'ensemble du Code, l'éducateur juridique du Premier Consul ne fut pas dé-

(1) Tronchet avait donné précédemment une autre raison non moins bonne : « Il importe de se rappeler que le système des pays de droit écrit faisait naître encore plus de questions sur la distinction des biens que le système de la communauté de biens. »

(2) A un âge avancé, Tronchet se mit à l'étude des mathématiques et il y acquit, au dire de ses contemporains, des connaissances étendues. Il ne dédaigna pas non plus les belles-lettres. Il a laissé une tragédie, *Caton d'Utique*, et le *Tableau de l'établissement du Mahométisme* (en manuscrit).

(3) Thibaudeau, *op. cit.*, p. 245,

passé (1) par son élève, pas plus d'ailleurs que par aucun de ses collègues.

Après ces principaux rédacteurs que nous venons de nommer et dont le rôle fut si considérable dans notre matière, les autres conseillers d'Etat, fussent-ils Boulay, Maleville, Thibaudeau, Berlier, Abrial ou Treilhard, occupent le second plan et nous sortirions du cadre de notre sujet en essayant de déterminer leur formation intellectuelle et morale.

(1) Cf. Lherminier, *Introduction à l'Histoire du Droit*, p. 108 : l'opinion de Bonaparte sur Tronchet : « Les conférences des anciennes ordonnances ne ressemblent nullement aux nôtres ;... J'ai pu ne pas parler comme le citoyen Tronchet mais ce qui a été par lui, par les citoyens Portalis et Cambacérès, l'a été dignement ; le nom du citoyen Tronchet fera autorité. »

CHAPITRE IX

LES DIFFÉRENTS SYSTÈMES EN PRÉSENCE. LE VOTE DÉFINITIF ÉMIS PAR LE CONSEIL D'ÉTAT

§ I^{er}. — *L'exposé de Portalis.*

Nous avons montré, précédemment, au chapitre VII, quelle avait été, au Conseil d'Etat, la marche de la discussion. Nous avons constaté quelle place restreinte, autant dire presque insignifiante, eu égard à son importance, avait été faite à notre institution. Si nous n'avions qu'à nous borner à l'analyse des idées émises, au cours même de la discussion relative à la séparation de corps, nous n'aurions pas grand'chose à dire et risquerions de passer à côté de ce grand conflit d'idées, qui échauffa tant les esprits et provoqua, parfois, des débats si orageux que l'on dut, à plusieurs reprises, demander à Locré, de ne tenir aucun compte, dans le procès-verbal officiel, des opinions qui s'étaient manifestées de la sorte.

Cependant Portalis, présentateur du projet du Titre VI, qui avait subi une dernière mise au point, après la communication aux tribunaux d'appel, avait amorcé le débat d'une façon bien anodine, en prononçant, à nouveau, un de ces discours lénitifs dont il avait le secret, en quelque sorte un raccourci sur la matière de son grand Discours Préliminaire. Nous ne suivrons pas cet orateur si prolix dans son historique du divorce, depuis les premiers temps de Rome, d'une valeur scientifique très contestable même pour son temps. Car Portalis a partagé ce travers

du dix-huitième siècle, qui consistait non à faire de la science pour la science, mais à aller chercher des arguments pour sa thèse dans l'antiquité ou chez les peuples étrangers, ou parfois même dans les peuplades primitives. Il commence par déclarer : « que les tribunaux se sont partagés sur le divorce : les uns le repoussent absolument, d'autres le modifient ; deux l'admettent dans sa plus grande étendue et même pour cause d'incompatibilité d'humeur.

De là trois questions préliminaires :

Faut-il admettre le divorce ?

Faut-il l'admettre seulement pour causes déterminées, ou même pour incompatibilité d'humeur ?

Faut-il admettre avec le divorce la séparation de corps ? »

Portalès ajoutait encore, et c'est un point sur lequel il insistera tout particulièrement, et d'autres orateurs, après lui, emploieront le même argument : « Des tribunaux ont dit : dans la religion catholique, le mariage est un sacrement ; il est indissoluble : le législateur peut-il admettre le divorce sans blesser la liberté des cultes ? » En effet, cet argument qui consistait à invoquer l'autorité des tribunaux d'appel pour obtenir le rétablissement de la séparation de corps, revient à plusieurs reprises au cours de la discussion, sous cette même forme ou avec des formules équivalentes : « Les tribunaux (1) demandent » ou « La plupart (2) des tribunaux demandent » ou encore « C'est le vœu de la majorité de la Nation » (3). Sans vouloir anticiper sur nos développements ultérieurs, nous ne pouvons nous empêcher de constater que le fait, pour Portalès, qui fondait toute son argumentation sur la liberté des cultes, d'invoquer à l'appui de sa conception, l'avis de la majorité des tribunaux d'appel consultés, était de

(1) Portalès dira à la séance du 26 vendémiaire an X : « Les tribunaux demandent que la séparation de corps soit rétablie et marche parallèlement avec le divorce. » Voir Fenet, p. 329.

(2) Boulay, déclara « que la plupart des tribunaux ont demandé le rétablissement de la séparation de corps et qu'elle est en usage dans les pays protestants ». Voir Fenet, p. 333.

(3) Maleville dit : « Pourquoi la séparation serait-elle rendue plus difficile que le divorce lorsque la majorité de la nation la réclame ? » Voir Fenet, p. 338.

nature à produire une impression considérable sur les membres du Conseil d'Etat, et le produisit en réalité. Car, indépendamment de son prestige personnel, du charme de sa parole, l'autorité toute particulière, qui s'attachait aux hautes fonctions auxquelles il venait d'être appelé, celles de Directeur des affaires ecclésiastiques, c'est-à-dire une sorte de ministre des cultes au petit pied, en attendant qu'il le devînt effectivement par la suite, ne devait-elle pas donner encore plus de poids, si c'était possible, à un argument de cette nature, savoir : que le rétablissement de la séparation de corps avait été demandé par la plupart, ou même par la majorité des tribunaux d'appel !

L'examen impartial des observations des tribunaux d'appel, auquel nous nous sommes livré, nous permet de contester la valeur de cette affirmation. Nous avons dit qu'un seul tribunal d'appel, celui de Riom, avait repoussé absolument le divorce ; deux autres avaient formulé, certes, des critiques vives contre cette institution, et si, en se fondant sur le principe même de la liberté des cultes, ils insistaient pour que « la faculté d'user de la séparation de corps fût restituée » aux catholiques, ils ne s'opposaient pas au maintien du divorce. Ces deux tribunaux étaient Montpellier et Toulouse. Enfin, trois autres tribunaux d'appel : Nancy, Nîmes et Orléans, demandent, tout simplement, que la séparation de corps fonctionne concurremment avec le divorce. Mais, à supposer même, en faisant à Portalis la part la plus large possible, que les tribunaux d'appel de Montpellier et de Toulouse puissent être rangés à côté de Riom pour former le groupe des tribunaux résolument hostiles au divorce, le nombre n'en serait toujours pas fort élevé : trois défavorables, au regard des vingt-huit juridictions d'appel que comprenait alors la France, dont Colmar et Metz. Si Portalis fait ainsi si bon marché du nombre, était-ce parce qu'il ne tenait compte que des observations des tribunaux d'appel ayant pu faire montre de quelque indépendance et manifester seuls, tout haut, ce que les autres ne pouvaient ni

n'osaient dire, étant donné leur composition ou leur état de dépendance vis-à-vis du pouvoir central. A cette hypothèse toute gratuite que nous venons de formuler, nous pouvons répondre par la négative. En vertu de la loi du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800), sur l'organisation des tribunaux de première instance et d'appel, Cambacérès (1) avait procédé à une refonte complète des divers corps judiciaires. Il avait, selon les vues du Premier Consul, fait appel à toutes les compétences, quelles qu'elles fussent, sans se préoccuper des opinions politiques ni du passé des nouveaux (2) magistrats, alors même qu'ils étaient des émigrés, rentrés de la veille. L'exemple d'Abrial, choisi par le Premier Consul, comme Ministre de la Justice, et la présence que nous constatons de Tronchet, de Maleville et de Boulay à la Cour (Tribunal) de Cassation, tous ces choix ne prouvaient-ils pas, surabondamment, avec quel large éclectisme l'on avait pourvu à tous les postes de la magistrature française. Par conséquent, le silence gardé par les vingt-deux autres Cours (Tribunaux) d'appel sur la question du rétablissement de la séparation de corps, amorcée, dans les conditions que nous avons indiquées plus haut, par Portalis dans son Discours Préliminaire, ne saurait être considéré comme le fait de magistrats sectaires ou asservis, mais, bien au contraire, comme la preuve qu'ils se désintéressaient d'une question qui leur paraissait définitivement tranchée et être sans intérêt pratique.

Après l'examen de cet argument, dont la portée fut si considérable, passons à celui des « trois questions préliminaires » que Portalis, le conseiller-rapporteur, comme

(1) C'est à son active intervention que les avocats doivent le rétablissement de leur Ordre et nullement à Napoléon Bonaparte qui ne pouvait souffrir ces « bavards ». L'on a même dit que Napoléon leur en voulait de s'être montrés hostiles au maintien du divorce.

(2) Cf. Michaud, *Biographie Universelle*, t. VI, p. 449 : « On lui doit, pour la composition des tribunaux, les excellents choix qui se firent, alors, d'une foule de magistrats probes, instruits, tenant aux anciennes familles parlementaires, et que la restauration n'eut rien de mieux à faire que de confirmer. » Cf. A. Vandal, *op. cit.*, t. II, p. 230.

nous dirions aujourd'hui, mettait en discussion et sur lesquelles il demandait au Conseil d'Etat de se prononcer « Faut-il admettre le divorce ? »

« Faut-il l'admettre seulement pour causes déterminées, ou même pour incompatibilité d'humeur ? »

« Faut-il admettre avec le divorce la séparation de corps ? »

La première question fut votée sans débats. C'est lorsque l'on arriva à la seconde, celle de l'admission du divorce pour causes déterminées, voire pour incompatibilité d'humeur, que le désaccord se manifesta profond et inconciliable entre les Conseillers d'Etat. Quant à la troisième, celle de l'admission de la séparation de corps parallèlement au divorce, qui nous intéresse plus particulièrement, elle ne fut à aucun moment l'objet d'un examen complet (1) et approfondi de la part du Conseil d'Etat.

C'est sur l'admission du divorce pour incompatibilité d'humeur, puis, quand cette cause de divorce fut abandonnée, sur celle du divorce par consentement mutuel, que l'on discuta avec passion, pendant de longues séances, négligeant tout le reste, ou, ce qui est plus exact, y faisant tout rentrer, voire la séparation de corps. Car si l'idée que l'on se fait du mariage, ainsi que nous l'avons déjà montré, est fonction de celle du divorce, nous devons constater que, par une réversion toute naturelle, toute doctrine sur le divorce a sa répercussion invariable et nécessaire sur la place faite en doctrine ou en législation à la séparation de corps. C'est ce qui résulte de l'examen sommaire auquel nous allons nous livrer des thèses contradictoires en présence, à propos de l'admission de l'incompatibilité d'humeur comme cause de divorce. A cette occasion, le principe même du divorce, qui venait d'être voté sans l'ombre de discussion, sera remis en question, car partisans et adversaires du principe de l'indissolubilité du mariage

(1) L'ordre de la discussion amène l'examen de cette troisième question au cours de la séance du 26 vendémiaire, an X (18 octobre 1801). Mais la discussion en est renvoyée, avant d'être épuisée, à plus tard, à un chapitre spécial, le chapitre V de notre titre. Elle ne le fut pas davantage à ce moment-là.

se jetteront réciproquement à la tête tous leurs arguments ; les systèmes s'opposeront aux systèmes ; et ainsi nous verrons discuter incidemment à l'incompatibilité d'humeur, la place qu'il conviendrait de faire à la séparation de corps à côté du divorce toujours maintenu.

Les adversaires du divorce ou ceux qui ne l'admettent qu'à contre-cœur, et, encore, réduit, si l'on peut dire, à sa plus simple expression, sont : Portalis, Maleville, Boulay, Tronchet (1), Abrial, ministre de la justice, Bigot, Préameneu, Régnier pour ne citer que ceux qui manifestèrent leurs sentiments d'une manière non équivoque. Ils constituent un groupe à peu près numériquement égal à celui qui s'est formé tout naturellement de l'autre côté pour le maintien du divorce large. A la tête de ce second groupe, nous trouvons le Premier Consul, puis Berlier, Emmery, Cambacérès, Thibaudeau, Regnaud (de Saint-Jean d'Angely), Réal, Lacuée.

Sur la place à faire à la séparation de corps, Portalis et Maleville, qui sont, dans le fond, adversaires du divorce, veulent que notre institution soit la clé de voûte de leur système de dissolution volontaire du mariage, et que le divorce ne soit admis que très accessoirement, et, dans un ou deux cas limitativement déterminés. Napoléon Bonaparte et les anciens conventionnels, Berlier et Thibaudeau notamment, sont des adversaires résolus de la séparation de corps. Si, en désespoir de cause, pour ne pas avoir l'air d'opprimer les consciences timorées, ils sont disposés à admettre la séparation, ce ne peut être qu'à la condition de lui faire la place la plus petite possible. C'est leur concep-

(1) Ce jurisconsulte fut un adversaire irréductible du divorce pour cause d'incompatibilité d'humeur, mais il est loin d'avoir été, comme on s'est plu à le dire, un des promoteurs du rétablissement de la séparation de corps. Voici ce qu'il en pensait, dans Fenet, p. 335.

« Il ne sait si le rétablissement de la séparation, que les tribunaux ont demandé d'après des motifs peut-être plus spécieux que réels, est un remède absolument nécessaire.

« En effet, la loi civile ne s'occupe pas de ce qui se passe dans les consciences. Si elle n'autorise que le divorce seul, le catholique, qui ne verra que ce moyen de quitter son époux, l'emploiera, et, pour obéir à ses principes, il ne contractera pas un mariage nouveau. »

tion qui l'a finalement emporté, mais avec des modifications et des tempéraments tels, que nous pouvons dire que leur divorce par consentement mutuel, tel qu'il a été voté, était aussi inutilisable et méconnaissable que pouvait l'être aux yeux de Maleville, et voire de Portalis, la séparation de corps qui a été admise à côté de celle dont ils souhaitaient le retour.

§ II. — *Le système du Premier Consul et des anciens Conventionnels.*

La conception du Premier Consul, que nous allons nous efforcer d'exprimer, est quelque peu confuse. Ce n'est pas que les termes vifs et imagés, qu'il emploie couramment, puissent en aucune façon laisser des doutes sur le fond de sa pensée. Mais une question de législation aussi complexe et difficile à résoudre, exige un exposé méthodique, qui ne laisse aucun point dans l'ombre. Nous n'avons rencontré nulle part un tel exposé, fait par le Premier Consul, sur sa conception du divorce et de la séparation de corps. L'a-t-il fait ? L'on pourrait le croire à en juger par ce passage de Thibaudeau : « On cède à des préjugés religieux et non aux lumières de la raison. *J'ai été de bonne foi. Je vous ai dit mon secret, et vous en profitez pour attaquer le divorce* ». C'est ce secret, cette confession qu'il eût été intéressant de connaître. Elle a été vraisemblablement faite hors séance et c'est ainsi peut-être que Thibaudeau n'en parle pas dans ses *Mémoires*. Quant à Locré, celui que l'on a appelé « le sous-teinturier » du Premier Consul, il aurait pu parfaitement avoir supprimé tout ce développement dans son procès-verbal officiel, par ce que ne cadrant pas avec l'image qu'il voulait donner de Napoléon Bonaparte à la postérité. En effet, n'a-t-il pas écrit dans ses *Prolégomènes* (1) que le Premier Consul « détestait » le divorce

(1) Locré, *Esprit du Code civil et législation civile*, t. 1^{er}, p. 93.

et que c'était presque contraint et forcé qu'il l'avait laissé voter. Nous ne nous attarderons pas à refuter en détail cette opinion que les faits, définitivement acquis à l'histoire, démentent absolument. Essayons de rendre cette conception du Premier Consul, telle qu'elle nous apparaît à travers Fenet, et Locré dans leurs procès-verbaux officiels et Thibaudeau, dans ses *Mémoires*, aussi véridiques, mais, bien plus vivants (1). Le divorce, dans son système est une affaire privée, qui ne regarde que les époux et leurs proches. Le rôle du Tribunal doit être, en quelque sorte, celui d'une chambre d'enregistrement, chargée d'observer si toutes les conditions exigées par la loi ont été remplies, et, dans l'affirmative, de prononcer le divorce, sans avoir

(1) Le Premier Consul : « Vouloir n'admettre le divorce que pour cause d'adultère, publiquement prouvée, c'est ne pas vouloir du divorce. On ne considère la question que sous un seul point de vue. Voyez l'inconvénient des séparations. Les deux époux se livrent au libertinage, la famille est dissoute, les biens sont mangés. Ainsi les bonnes mœurs et l'intérêt des enfants réclament le divorce... Je le répète, les lois sont faites pour les mœurs. Il n'y a rien qui les blesse davantage qu'une loi qui rend le divorce impossible. Les avocats de l'indissolubilité marchent toujours à leur but, sans considérer les besoins de la société. Mais l'indissolubilité n'est que dans l'intention au moment du contrat ; elle n'existe pas malgré les événements imprévus, tels que la disparité de caractère, de tempérament, et les autres causes de désunion. Quand il y a réunion de volontés pour le divorce, cela prouve que le mal est grand. Quel homme sera assez éloigné des mœurs de son pays pour attaquer sa femme en justice ?

« On cite l'exemple de l'Angleterre. Mais c'est la risée de l'Europe que ces discussions. Elles démoraliseraient nos provinces. Il y a Paris plus de six cent mariages dont on n'a pas d'idée dans les départements. Il ne faut pas rendre publiques des manières de vivre dangereuses, et qui y sont tout à fait inconnues.

« Enfin la question telle qu'on la traite encore actuellement est de savoir s'il y aura ou s'il n'y aura pas de divorce. Que l'on consulte donc les mœurs de la nation ! tout ce que l'on a dit est en opposition avec elles. On cède à des préjugés religieux et non aux lumières de la raison. J'ai été de bonne foi, je vous ai dit mon secret, et vous en profitez pour attaquer le divorce. L'adultère n'est pas un phénomène, c'est une affaire de canapé, il est très commun. Vous ne voulez absolument que l'action devant les tribunaux, et moi je n'en veux que comme un moyen d'amener au consentement mutuel. Les femmes ont besoin d'être contenues dans ces temps-ci, et cela les contiendra. Elles vont où elles veulent, elles font ce qu'elles veulent, c'est comme cela dans toute la République. Ce qui n'est pas français, c'est de donner de l'autorité aux femmes ! elles en ont trop. Il y a plus de femmes qui outragent leurs maris que de maris qui outragent leurs femmes. Il faut un frein aux femmes qui sont adultères pour des clinquants, des vers, Appollon, les muses, etc. » Thibaudeau, *op. cit.*, p. 447.

à pénétrer le secret des alcôves et à remuer, ce qui arrive souvent, de si vilaines choses. L'allégation d'incompatibilité d'humeur, ou, à défaut, le consentement mutuel, persévérant et dûment établi, permettrait, dans la plupart des cas, au tribunal, de se décider sans avoir à procéder à l'examen réel de faits plus ou moins honteux peut-être, soustraits ainsi à la curiosité et à la malignité publiques. Le tribunal n'évoquerait le fond de l'affaire qu'au cas de refus de l'époux coupable de consentir au divorce d'accord, que lui proposerait son conjoint, désireux d'éviter tout scandale. Voilà, à n'en pas douter, le fond de la pensée du Premier Consul sur le divorce. Au sujet de la séparation de corps, essayons de reconstituer sa pensée par ce qu'il en dit au cours de cette discussion interminable où parfois toutes les questions étaient confondues et qui dura plusieurs séances. Disons de suite que Napoléon Bonaparte, n'a jamais été, dans le fond, partisan de la séparation de corps. Cependant, nous objectera-t-on comment a-t-il pu la laisser rétablir. L'on peut répondre que le Code Civil a été discuté et voté à une époque où il souffrait la contradiction « laissant à chacun une grande liberté dans l'exposé de ses opinions, et admettant assez facilement, sous l'empire du raisonnement, des solutions opposées à ses intentions premières (1) ». C'est en nous basant sur cette observation, faite déjà bien avant nous, notamment par M. le professeur Chénon et que les mémoires (2) de l'époque confirment en tous points, que nous pensons, à notre tour, que le Premier Consul s'est laissé circonvenir (3) par les arguments de Portalis : la liberté des cultes et l'avis favorable au rétablissement de la séparation, émis par la majorité des Tribunaux d'appel. Nous avons examiné

(1) Cf. Chénon, dans Lavis et Rambaud, t. IX, p. 242.

(2) Cf. Chaptal qui fut conseiller d'Etat sous le Consulat puis Ministre de l'Intérieur sous l'Empire, le dit sans ambages dans ses *Mémoires*. Il avait beaucoup pratiqué Napoléon ; il fut un de ses éducateurs.

(3) Au début de la discussion générale, il reconnaît qu'il serait injuste d'abandonner au malheur qui l'attend, le mari que sa conscience empêche de faire usage du divorce. Il demande aussitôt « si sous l'ancienne législation l'adultère donnait lieu à la séparation de corps. » Fenet, p. 331.

précédemment la valeur de ces arguments, grâce au recul du temps et à une documentation qui n'a pas été communi-
 quée à Bonaparte, lequel a cru Portalis sur parole. Quoi qu'il en soit, que le Premier Consul ait accepté de
 bonne grâce, ou ait plutôt subi, ce qui nous paraît plus
 exact, le rétablissement de la séparation de corps, il n'en
 a pas moins dit son mot sur son fonctionnement. Et nous
 constatons que son intervention fut décisive. Comme nous
 le verrons, certaines dispositions, relatives à notre institu-
 tion, ont été directement inspirées par lui. Ce qui le préoccu-
 pait avant tout c'était de ne pas laisser impuni l'adul-
 tère (1) de la femme. Ce fut l'une des raisons de son opposi-
 tion foncière à la séparation. Mais il en existait une autre,
 qu'il n'avoue pas franchement, c'est qu'il ne concevait
 pas que l'Eglise ait pu imposer le principe d'indissolubilité
 du mariage et, sans désavouer ce concept, y apporter
 de-ci, de-là quelques dérogations, c'est-à-dire accorder des
 dispenses. Il y avait là tout un côté spéculatif de la question,
 qui lui échappa toujours. (2) Quant à la place qu'il entend
 faire dans son système à notre institution, il est d'avis

(1) Cf. Fenet, p. 317 : « Le Premier Consul dit qu'on n'a pas encore expliqué ce que c'est que la séparation à laquelle l'époux outragé pourrait se borner. Cette matière présentera beaucoup de questions ; elle ne doit donc pas être traitée incidemment au divorce.

« On demandera, sans doute, comment on peut admettre, pour cause d'adultère, la séparation de corps, qui comporte l'idée d'un rapprochement possible ; on demandera pourquoi la séparation, qui empêche les époux de contracter un nouveau mariage, serait accordée pour les mêmes causes que le divorce ; on demandera comment organiser la séparation, lorsqu'il n'existe plus de couvents qui puissent devenir la retraite de l'épouse. Toutes ses questions méritent d'être examinées séparément ; elles sont de l'essence de la matière. »

A la séance du 26 vendémiaire an X (18 octobre 1801), en réponse à Portalis qui vient de dire : « Les tribunaux demandent que la séparation de corps soit rétablie et marche parallèlement avec le divorce, afin de mettre à l'aise la conscience des personnes qui regardent le mariage comme indissoluble », le Premier Consul dit, à son tour « que le système de la séparation de corps ne présente aucun moyen de réprimer et de punir la femme adultère, qui continue à vivre dans le désordre et à déshonorer son mari. »

(2) Napoléon disait de la séparation à Sainte-Hélène :

« Le divorce et le mariage des prêtres sont deux grandes questions sociales échappées du naufrage de la juridiction suprême de l'Eglise catholique. Ce ne sont point, ainsi que veulent le prétendre de fanatiques ignorants, des profanations du Saint-Sacrement. De tout temps, les conciles ont admis

qu'elle doit être admise pour sévices, ou comme un échelon pour arriver au divorce, mais s'empresse-t-il d'ajouter, dominé par sa constante préoccupation de l'adultère de la femme « il serait dangereux de se borner à ce moyen lorsqu'il y a adultère, et il conviendrait de rétablir à cet égard, la législation ancienne » (1). C'est la peine de l'authentique avec le couvent que visait notre législateur :

Telle est, donc, d'une manière générale, la démarche de la pensée du Premier Consul en matière de dissolution volontaire du mariage. Il n'est pas douteux qu'il a été hostile à la séparation de corps et qu'il a voulu du divorce à tout prix et surtout du divorce par consentement mutuel. Mais, était-il sincère avec lui-même ? L'attitude qu'il a eue lui était-elle dictée par des préoccupations d'ordre personnel et toutes intimes, ou, était-ce la pensée de l'homme d'État qui se manifestait dans toute son indépendance, dans des formules imagées, comme celles que nous rapporte Thibaudeau dans ses *Mémoires sur le Consulat*. C'est ainsi qu'il disait. « Les avocats de l'indissolubilité marchent toujours à leur but, sans considérer les besoins de la société. Mais l'indissolubilité, n'est que dans l'intention au moment du contrat ; l'adultère n'est pas un phénomène ; c'est une affaire de canapé (2) », et dans une autre séance : « l'adultère qui dans un code civil est un mot immense, n'est dans le fait qu'une galanterie, une affaire de bal masqué (3) ».

Cette question de la sincérité de tels sentiments, exprimés de la sorte, mérite de retenir un instant notre attention. Elle a été assez discutée au cours du siècle dernier. Certains

la dissolution du mariage. Le Concile de Trente a déterminé treize cas de dissolution et de déclaration de nullité de la bénédiction nuptiale...

Rendre indissoluble le mariage, c'est provoquer le crime, c'est mettre un curé de village au-dessus du pouvoir de la loi. La séparation de corps est un *mezzo-terme* qui ne peut trouver d'application que dans les hautes classes sociales, les masses populaires n'y peuvent trouver une protection. » Voir Montholon, *Récits de la captivité*, t. II, p. 472 et suivantes

Son opinion sur le divorce n'a pas davantage varié Cf. *Sa correspondance* t. XII, p. 527 ; t. XVII, p. 367 ; t. XVIII, p. 99 et p. 137.

(1) Cf. Fenet, p. 333.

(2) Thibaudeau, *loc. cit.* p. 449 reproduit par Fenet, p. 294.

(3) Thibaudeau, *op. cit.*, p. 450, passage non reproduit par Fenet.

auteurs (1) ont cru au désintéressement de Napoléon Bonaparte en matière de divorce ; d'autres (2), c'est le petit nombre, n'y ont pas cru du tout. Parmi les auteurs modernes, qui, sans nier absolument sa bonne foi, montrent cependant quelque scepticisme à cet égard ; citons MM. Chénou et Planiol (3). Nous ne partageons pas le doute de ces deux éminents professeurs. Ce qui nous fait croire au désintéressement de Napoléon Bonaparte, c'est ce que nous savons de sa formation intellectuelle et morale. Quand un homme pense et s'exprime, comme nous l'avons montré précédemment, il n'est pas douteux que le divorce seul cadrerait avec la conception qu'il avait de la famille, du mariage, et enfin même, dans une certaine mesure, du droit au bonheur qu'il reconnaissait à l'individu. Ce ne pouvait être et ce n'était pas la séparation de corps qui devait, à ses yeux, permettre à un mari outragé de sauver son honneur. Quant à la préoccupation de se réserver longtemps à l'avance un moyen de dissoudre son union stérile avec Joséphine, il n'en avait cure. Au dire d'un historien, celui, peut-être, qui l'a le plus étudié, M. Frédéric Masson, il ne pensait plus à divorcer avec Joséphine après ce qu'on lui en avait dit de sa conduite. A ce moment de

(1) Les mémoires de l'époque les plus affirmatifs sont ceux de Chaptal et de Thibaudeau. Nous retrouvons la même opinion dans des ouvrages d'un certain mérite comme celui de H. Pérouse, *Napoléon I^{er} et les lois civiles du Consulat et de l'Empire*. Paris, 1865.

(2) H. Welschinger, *Le divorce de Napoléon*.

(3) Cf. Lavis et Rambaud, *Histoire Générale du IV^e siècle à nos jours*, t. IX., p. 242, (extrait du Chapitre VII, *Les Institutions civiles de l'Empire*, 1804-1814. par E. Chénou.)

« On peut lui reprocher toutefois de n'avoir pas toujours eu des vues désintéressées. S'inquiétant déjà des moyens de s'assurer un successeur et désespérant d'avoir de Joséphine une postérité, il lutta avec insistance, mais sans succès pour faire admettre l'incompatibilité d'humeur comme cause de divorce, et pour faire emprunter au droit romain sa conception artificielle et bizarre d'une adoption produisant des effets aussi pleins qu'une filiation légitime. » Cf. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil* t. I., 4^e édition, p. 480. « Bonaparte fit les plus grands efforts pour faire adopter le divorce par consentement mutuel. Les procès-verbaux officiels laissent deviner comment sa volonté impérieuse entraîna le conseil. On le soupçonne d'avoir tant insisté dans un intérêt personnel et d'avoir voulu se réserver pour l'avenir un moyen de rompre son union avec Joséphine Beauharnais qui ne lui donnait pas d'héritier pour ses rêves d'empire. »

sa vie (1801) il ne désespérait pas encore d'avoir un héritier ; et, dans tous les cas, il songera à s'attacher par les liens de l'adoption le petit Napoléon Charles, fils d'Hortense et de Louis. Ceci expliquerait son insistance pour faire admettre l'adoption dans le Code. Mais, nous objectera-t-on, il a insisté tout autant pour l'adoption du divorce. Mais alors comment concilier ce secret dessein avec l'attitude qu'il a eu par la suite en faisant insérer dans le sénatus-consulte du 30 Mars 1806, qui fixait le statut de la famille impériale, que la faculté du divorce était interdite à tous les membres de sa famille sans distinction. Remarquons que ce même sénatus-consulte prévoit, au contraire, l'adoption.

Ce qui nous paraît être la vérité, c'est que Napoléon Bonaparte a bataillé pour le maintien et l'élargissement du divorce parce que telle était sa conception en matière de dissolution du mariage. Ce faisant, il n'était pas préoccupé de s'assurer à l'avance un moyen légal de dissoudre son mariage. Il se croyait déjà au-dessus du commun des mortels (1) ; et celui qui disait : « Je me souviens assez de

(1) A l'appui de notre façon de voir Cf. Chaptal qui l'a si bien et pendant si longtemps observé : p. 256 et suivantes.

« Je n'ai jamais vu Bonaparte agité d'une colère pareille à celle qu'il éprouva lorsqu'il apprit que son frère Lucien s'était marié à Senlis avec la veuve de Joubert, agent de change à Paris. Il m'ordonna d'envoyer chercher le notaire et de lui signifier d'apporter son registre, ce qui fut exécuté. (Le notaire arriva, je le conduisis à Saint-Cloud à 9 heures du matin.)

Voici mot pour mot le dialogue qui eut lieu entre le Premier Consul et le notaire.

BONAPARTE. — C'est vous, monsieur, qui avez reçu l'acte de mariage de mon frère ?

LE NOTAIRE. — Oui, citoyen Premier Consul.

BONAPARTE. — Vous ignoriez donc qu'il était mon frère ?

LE NOTAIRE. — Non, citoyen Premier Consul.

BONAPARTE. — Vous ne saviez donc pas que mon consentement était nécessaire pour valider cet acte ?

LE NOTAIRE. — Je ne le pense pas. Votre frère est majeur depuis longtemps ; il a rempli de grands emplois ; il a été ministre et ambassadeur ; il n'a point de père ; il est libre de contracter.

BONAPARTE. — Mais il a une mère dont il fallait avoir le consentement.

LE NOTAIRE. — Non, il est majeur et veuf.

BONAPARTE. — Mais je suis souverain et comme tel je devais donner mon consentement,

l'histoire ecclésiastique pour savoir qu'il y a des cas où les papes ont autorisé le divorce » (1) devait penser que Cambacérès et ses hommes de loi d'un côté, et de l'autre, le pape ou, à son défaut, d'autres hommes d'Eglise, faciliteraient, à l'occasion, tous ses projets d'avenir. D'ailleurs, n'est-ce pas ce qui s'est passé quelques années plus tard, à propos de ce que l'on appelle son divorce. Quoi que l'on puisse dire, au nom de la raison d'État, Napoléon Bonaparte a bien répudié illégalement Joséphine ; il n'a pas obtenu le divorce par consentement mutuel, il n'a pas eu davantage de *dispensatio* régulière de l'autorité ecclésiastique ; en sorte qu'il a été *bigame in utroque jure*, tant au point de vue civil qu'au point de vue canonique.

Après cet examen du système développé par le Premier Consul, qui a eu pour l'appuyer : Berlier, Thibaudeau, Cambacérès et quelques autres, passons à la thèse soutenue par Boulay, qui était également celle de Maleville, de Portalis, et, en général, de tous ceux qu'épouvantaient les idées révolutionnaires du Premier Consul.

§ III. — *Le système de Boulay et des modérés.*

Boulay « voudrait que le divorce absolu fût admis pendant tout le cours du mariage, mais seulement pour

LE NOTAIRE. — Vous n'êtes souverain que pour 10 ans et aucun acte n'engage votre famille vis-à-vis de vous.

BONAPARTE. — Montrez-moi cet acte de mariage.

LE NOTAIRE. — Le voilà !

Le Premier Consul lut l'acte, et en refermant le registre, il faillit déchirer la page qui le contenait.

BONAPARTE. — Je le ferai casser cet acte.

LE NOTAIRE. — Ce sera difficile, car il est bien cimenté et tout y est prévu.

BONAPARTE. — Allez-vous en !

Le notaire se retira avec son registre sans avoir été troublé un seul instant.

Bonaparte reprocha vivement à son frère son mariage et la dispute s'échauffa à tel point que le Premier Consul lui reprocha d'avoir épousé une veuve, ce à quoi Lucien répondit : « Et toi aussi tu as épousé une veuve ; mais la mienne n'est ni vieille, ni puante. »

(1) Cf. Thibaudeau, *op. cit.*, p. 445 ; Cf. en sens contraire Ozanam, *Œuvres complètes*, t. VII, p. 165 et suivantes ; Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, V^o *Divorce*.

crimes, ou pour tout autre cause grave et déterminée ; que la séparation de corps fût également admise pour les autres causes moins graves ; et que si, dans l'espace de cinq ans, il n'y avait pas de rapprochement entre les époux, chacun d'eux pût demander le divorce, parce qu'alors l'incompatibilité serait prouvée (1) ».

Telle est, en raccourci, sa façon de concevoir la dissolution volontaire du mariage : divorce, séparation de corps absolue et séparation d'épreuve. Dans ce système, la séparation de corps est la règle et le divorce est tout à fait exceptionnel pour des causes très rares et d'une absolue gravité. Quant aux arguments dont il se sert, nous les connaissons déjà. Ce sont les mêmes qu'a employés Portalis : nécessité d'assurer le respect de la liberté des cultes ; obligation de tenir compte, en rétablissant la séparation de corps, du vœu de la majorité de la Nation qu'ont exprimé *la plupart* des Cours (tribunaux) d'appel. Cependant, Boulay reprend, à la suite de Maleville, un argument nouveau : l'exemple de la Prusse dont le Code récent admet pour les époux catholiques une séparation sans retour de corps et de biens, produisant « tous les effets civils d'un divorce complet ». C'était Maleville (2), Président de section au Tribunal de Cassation, qui dans une brochure répandue à profusion, avait insisté tout particulièrement sur le cas de

(1) Fenet, t. IX, p. 290.

(2) Cf. Maleville, *op. cit.* « Un peuple allié et dont la religion est différente de la nôtre nous a donné à ce sujet un exemple que nous ne pouvons pas récuser. »

« La Prusse suit en général la confession d'Augsbourg, et les catholiques y sont en petit nombre. Cependant le Code Prussien (*Titre du mariage*), après avoir dit, article 733, qu'il ne sera point donné de sentence de simple séparation de corps et de biens, s'il y a un seul des époux de la religion protestante, décide le contraire pour les catholiques en son article 734.

Art. 734. — Lorsqu'il aura été prononcé entre des époux catholiques, une séparation sans retour de corps et de biens, elle aura tous les effets civils d'un divorce complet.

Art. 735. — Mais, en ce qui est relatif à la faculté de contracter de nouveaux liens après la dissolution du mariage précédent, on s'en rapportera à la conscience de l'époux divorcé, qui en cela suivra les préceptes de sa religion. (*Code général pour les Etats prussiens*, traduit par les membres du bureau de législation étrangère et publié par ordre du Ministre de la Justice, t. II, Paris, an IX, Imprimerie de la République.)

la Prusse, pays protestant, reconnaissant à la minorité catholique, le droit de suivre les prescriptions de sa religion.

Quelle fut la portée de cet exemple, rappelé, à diverses reprises, par Boulay, Maleville et Portalis lui-même (1), sur le Premier Consul, alors, en grande coquetterie (2) avec la Prusse ? Pour notre part, nous ne croyons pas que cet argument ait eu sur lui une bien grande influence ; il n'aimait pas beaucoup les étrangers, comme le prouve son intervention dans la rédaction des dispositions du Code civil qui leur sont consacrées ; par conséquent l'exemple de la Prusse a dû le laisser quelque peu indifférent.

Mais nous avons le droit de nous demander où voulaient en venir Boulay, Maleville et Portalis quand ils s'appuyaient ainsi sur l'autorité du Code prussien ? Etaient-ils d'avis de pousser le principe de la liberté des cultes à ses dernières conséquences et, dans ces conditions, de faire admettre la séparation de corps pour les catholiques et de laisser le divorce aux adeptes des autres religions. Si telle est la démarche de la pensée de ces législateurs, nous sommes réduits dans tous les cas, à une simple inférence, car, nulle part nous n'en trouvons trace. Il est hors de doute que cette question, posée dans ces termes, a du être agitée, au cours de ces discussions familières que les conseillers d'État engageaient avant même ou après la séance, ou, peut-être même chez le Premier Consul. Car, au dire des contemporains, Joséphine suivait d'un intérêt passionné la discussion du divorce au Conseil d'Etat. Mariée civilement seulement, elle craignait toujours qu'à la suite d'un coup de tête son terrible époux ne lui fit perdre la brillante situation qu'elle avait acquise à ses côtés. Et Bonaparte, dans son for intérieur, n'était pas mécontent des alarmes et des inquiétudes dans lesquelles la jetaient ses éclats

(1) Fenet, p. 235.

(2) Le gouvernement consulaire, venait de lier partie avec la Prusse, au sujet de l'affaire des sécularisations des domaines ecclésiastiques en Allemagne. Il alla, par la suite, jusqu'à lui offrir une alliance formelle. La Prusse hésitait à s'engager, quand survinrent l'enlèvement et le meurtre du duc d'Enghien. Du coup elle refusa toute alliance.

au Conseil d'Etat et qui ne pouvaient, selon lui, que la maintenir dans le droit chemin et dans l'obéissance.

Quant à cette hypothèse, que nous avons formulée sur la pensée ultime de Boulay, de Maleville et de Portalis, elle n'est nullement hasardeuse. Ainsi que nous l'avons dit, Portalis et Maleville surtout n'étaient pas hostiles en principe à des lois spéciales (1). Mais, l'heure était-elle bien choisie, au moment de l'unification de nos lois civiles, pour revenir au particularisme législatif? C'était encore aller à l'encontre du mouvement général des idées et des institutions qui depuis le xvii^e siècle nous conduisait de plus en plus vers la centralisation administrative et vers l'unification législative. Était-il d'ailleurs bien politique de porter, au grand jour de la discussion, une semblable conception qui n'eût pas manqué de soulever une opposition irréductible du Premier Consul, soutenu en cela par Tronchet comme par Cambacérès et tous les anciens conventionnels. Tronchet eût fait la plus vive opposition à ce dualisme législatif, basé sur la religion des parties, Or il ne fallait pas penser un seul instant surmonter une semblable opposition. Telles sont donc les raisons qui auraient empêché Portalis de s'associer à toute motion de ce genre, présentée par Maleville, et même qui l'auraient amené à le dissuader de le faire. Aucune proposition formelle ne fut donc présentée en ce sens par Maleville. Dans le cas contraire, Portalis eût vraisemblablement présenté, en vue de départager les thèses antagonistes, un troisième système transactionnel (2) mettant la séparation de corps et le divorce sur un même pied d'égalité et laissant aux parties toute faculté de choisir entre ces deux institutions. C'est d'ailleurs à un système très voisin de celui que nous indiquons qu'il finit par se rallier. Mais la question du parallélisme n'était plus entière, le divorce pour causé

(1) Dans cet ordre d'idées Cf., Larnaude, *Les Méthodes Juridiques*, p. 57 (de son tirage à part, *Mélanges*).

(2) Comme on le verra faire lors de la discussion engagée sur le choix d'un régime de droit commun. Cf. Fenet, *op. cit.*, t. XIII, p. 526,

d'incompatibilité d'humeur avait été rejeté : le consentement mutuel avait même été l'objet d'un vote défavorable. Les partisans du divorce absolu ne restèrent pas sur ce dernier échec : ils firent, plus tard, le conseil revenir, sur les pressantes instances de Cambacérès, sur la prohibition du consentement mutuel. Mais, leur opposition à la séparation de corps n'en était toujours que plus vive. Et le projet Boulay, qui prévoyait à côté d'un divorce restreint, une séparation de corps d'épreuve et une séparation de corps absolue, quoique admis par le Conseil d'Etat, n'a pas été, comme nous le verrons, le projet définitivement adopté.

§ IV. — *Les divers projets en présence.*

Le Conseil d'Etat, après avoir entendu l'exposé de ces deux conceptions opposées, que nous venons d'analyser, et même après avoir engagé la discussion générale, décide, à la fin de la séance du 16 vendémiaire an X (8 octobre 1801) « pour régulariser la discussion », de « faire rédiger en projet les divers systèmes. Cette décision fut prise sur la proposition d'Emmery. Quant au projet de la section de législation qui lui paraît insuffisante, il est rejeté.

C'est dans ces conditions qu'à la séance du 24 vendémiaire, an X (16 octobre 1801) le Conseil est saisi d'abord de deux nouveaux projets, précisant les systèmes développés par Boulay et par le Premier Consul. Les rédacteurs sont Boulay et Berlier. Ce dernier déclare modestement que son projet est moins le tableau de ses opinions personnelles exposées dans la dernière séance, que celui des principes que la discussion lui a indiqués comme pouvant entrer dans les vues du Conseil, et qu'un de ses collègues l'avait invité à recueillir. Ce collègue qu'il ne désigne pas est le Premier Consul. Emmery, qui n'adopte qu'en partie le projet Berlier présente à son tour une rédaction de ses vues personnelles.

Nous n'allons pas procéder à l'analyse de chacun de ces

projets article par article. Les deux theses fondamentales en présence, celle de Bonaparte et celle de Boulay ont été suffisamment examinées. Les textes présentés n'en sont que la mise au point. Il nous suffira de les reproduire et d'indiquer comment et sous quelles influences le projet Boulay, qui avait obtenu la priorité, après une épreuve douteuse, se trouva être abandonné au cours de la discussion des articles.

PROJET BOULAY

ARTICLE PREMIER. — « Le mari pourra demander le divorce pour l'adultère de sa femme, s'il est accompagné de scandale public, ou prouvé par des écrits émanés d'elle.

« La femme pourra demander le divorce pour l'adultère de son mari, lorsque celui-ci tiendra sa concubine dans la maison commune. »

ART. 2. — « L'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre sera pour celui-ci une cause de divorce. »

ART. 3. — « Si l'un des époux est condamné à une peine afflictive, l'autre époux pourra demander le divorce.

ART. 4. — « L'époux qui aura le droit de demander le divorce pour une des causes portées aux trois articles précédents pourra se borner à la demande en séparation de corps et de biens. »

ART. 5. — « Les sévices et les mauvais traitements, la diffamation publique, et toute autre cause dont l'effet continué rendrait impossible la vie commune entre les époux, donneront lieu à la séparation de corps et de biens. »

ART. 6. — « Quand la séparation aura été prononcée aux termes de l'article précédent, si elle subsiste pendant trois ans sans qu'il y ait eu de rapprochement entre les époux, le divorce sera prononcé sur la demande de celui qui aura obtenu la séparation. »

ART. 7. — « La procédure qui aura lieu, soit sur la

demande en divorce, soit sur la demande en séparation, sera secrète, et le motif du jugement ne sera pas exprimé. »

ART. 8. — « L'absence déclarée sera une cause de divorce; et néanmoins il ne pourra être prononcé qu'une année après le jugement qui aura déclaré l'absence. »

PROJET BERLIER

1^o Du divorce pour causes donnant lieu à poursuites judiciaires.

ARTICLE PREMIER. — « La loi n'admet que deux causes de divorce susceptibles d'être poursuivies devant les tribunaux et jugées par eux. »

ART. 2. — « Ces causes sont : 1^o l'adultère de la femme, accompagné d'un scandale public, ou prouvé par des écrits émanés d'elle ; celui du mari qui tient sa concubine dans la maison commune ; 2^o l'attentat par l'un des époux à la vie de l'autre. »

ART. 3. — « Le mode à suivre pour le jugement de ces deux causes de divorce sera déterminé dans le titre suivant. »

2^o Du divorce pour infamie ou absence.

ART. 4. — « Il y a ouverture à divorce, sans débats judiciaires, ni intervention des familles, dans les deux cas suivants :

« 1^o Lorsque l'un des époux a été condamné à une peine afflictive ou infamante ;

« 2^o Lorsque l'un des époux, absent depuis plus de cinq ans sans qu'on ait reçu de ses nouvelles, a été déclaré tel par jugement. »

ART. 5. — « Dans ces deux cas, l'officier de l'état civil, sur la demande de l'autre époux, prononce le divorce à la vue du jugement soit de condamnation, soit de déclaration d'absence,

« Il y sera joint, au premier cas, un certificat du tribunal criminel ; au second cas, un certificat du tribunal d'appel portant que le jugement n'est pas susceptible d'être attaqué par appel ou pourvoi en cassation, ni d'être anéanti d'aucune autre manière. »

3^o Du divorce sur consentement mutuel.

ART. 6. — « Les tribunaux ne peuvent admettre de demandes en divorce fondées sur de simples sévices, injures, mauvais traitements ou vices imputés à l'un des époux.

« Néanmoins, si ces circonstances, leur réunion et leur durée prenaient un tel caractère que la vie commune devînt insupportable aux deux époux, il pourra y avoir lieu au divorce, mais sur le seul consentement mutuel des époux, ratifié par leurs ascendants ou, à leur défaut, par un jury spécial, selon que le tout sera expliqué au titre suivant.

4^o Du divorce pour délaissement.

ART. 7. — « Dans le cas de délaissement ou abandon de l'un des époux par l'autre, l'époux délaissé pourra demander le divorce, en justifiant :

« 1^o De trois sommations afin de réunion, faites à l'autre époux, à intervalle de six mois au moins chacune.

« 2^o D'un certificat de non-réunion, donné tant par le Juge de paix du canton que par la municipalité du domicile de l'époux délaissé. »

ART. 8. — « L'officier de l'état civil donnera acte de la demande et de la justification énoncées en l'article précédent.

« Si, un an après, les époux ne se sont point rapprochés, le demandeur en divorce pourra requérir l'officier de l'état, civil de le prononcer à la vue d'un nouveau certificat délivré par les mêmes autorités que ci-dessus, et constatant que, dans l'année, il n'y a pas eu de rapprochement. »

5^o Des causes des séparations de corps.

ART. 9. — « Les causes des séparations de corps sont les mêmes que celles du divorce.

« Dans tous les cas où le divorce est autorisé, la demande peut être bornée à une séparation de corps ; mais quand cette séparation est prononcée, elle se convertit de plein droit en un divorce, lorsque cette conversion est demandée par l'autre époux. »

PROJET EMMERY

Ce conseiller, après avoir critiqué le projet Boulay, dont il n'admet pas l'article 5, déclare adopter le projet de Berlier dont la coupe lui paraît très heureuse. Mais, il n'admet point sa cause de délaissement et il présente à son tour ses idées dans les articles suivants :

ART. 4. — « La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante, l'absence légalement déclarée, donneront ouverture au divorce, qui sera prononcé, dans les deux cas, par l'officier de l'état civil, sur la présentation qui lui sera faite par l'époux demandeur du jugement définitif, soit de condamnation, soit de déclaration d'absence de l'autre époux. »

ART. 5. — « L'époux qui aurait le droit de demander le divorce pourra se borner à demander la séparation de corps et de biens. »

ART. 6. — « Les tribunaux ne pourront admettre de demande en divorce qui serait fondée sur de simples sévices, injures, mauvais traitements ; mais seulement des demandes en séparation de corps et de biens. »

ART. 7. — « Néanmoins, la nature et la continuité des sévices, injures et mauvais traitements, pouvant rendre la vie insupportable aux deux époux, dans ce cas, le divorce pourra avoir lieu par leur consentement mutuel, autorisé

par leurs père et mère s'ils sont vivants, ou par leurs autres ascendants vivants, si les père et mère sont morts. »

ART. 8. — « Le consentement mutuel sera reçu par le juge de paix du domicile des deux époux, qui en dressera l'acte, par lequel ils conviendront du lieu où la femme sera tenue de se retirer dans les vingt-quatre heures, et de résider pendant le temps des épreuves, ainsi que les moyens d'existence que le mari devra lui assurer pour l'année. »

ART. 9. — « Le consentement mutuel ne sera définitif qu'après avoir été répété quatre fois, à trois mois de distance l'une de l'autre, toujours devant le juge de paix, et avec l'autorisation des père et mère ou autres ascendants vivants. »

ART. 10. — « Le Juge de paix qui recevra le consentement des partis se fera assister de quatre vieillards notables du département. Il donnera chaque fois lecture de la loi concernant le divorce. Il fera mention de cette lecture dans son procès-verbal. Le Juge de paix et ses assistants pourront faire aux partis telles remontrances et exhortation qu'ils jugeront convenables. »

ART. 11. — « Le mariage dont il existe des enfants ne peut être dissous par le consentement mutuel. »

ART. 12. — « Le consentement mutuel ne pourra être donné qu'après un an de mariage et d'habitation commune non interrompue ; il ne pourra plus l'être après dix ans de mariage. »

ART. 13. — « Le mari qui n'aura pas vingt-un ans accomplis, la femme qui n'aura pas plus de dix-huit ans, ne pourront consentir au divorce. »

ART. 14. — « Les époux divorcés ne pourront jamais se réunir. »

ART. 15. — « Les époux divorcés par consentement mutuel ne pourront contracter un nouveau mariage qu'après trois ans révolus depuis le divorce. »

§ V. — *Le projet définitivement adopté.*

A la suite de ce vote l'on passe immédiatement à la discussion des articles. Les trois premiers articles du projet Boulay sont acceptés, après discussion, et l'on arrive à l'article 4.

Tronchet, qui avait déclaré n'accorder la priorité au projet Boulay que sauf modifications, demande l'adjonction à cet article de l'article 9 du projet Berlier, « afin que si l'un des époux n'est pas déterminé par ses principes religieux à ne demander que la séparation, il lui soit permis de demander le divorce ». Il écartait ainsi l'article 6 de Boulay qui ne prévoyait la conversion de la séparation de corps en divorce qu'au profit de l'époux innocent. Berlier, au contraire, accordait le bénéfice de la conversion à l'époux coupable. C'est ce que demande Tronchet. Là-dessus, la discussion s'ouvre. Portalis intervient ; il déclare partager l'avis de Berlier, « mais il croit que ce n'est pas la place des dispositions relatives aux séparations absolues ». Le Premier Consul dit à son tour « qu'on n'a pas encore expliqué ce que c'est que la séparation à laquelle l'époux outragé pourrait se borner ». Il ajoute que cette matière présente beaucoup de difficultés ; beaucoup de questions, doivent être préalablement résolues, entre autres celle de savoir si on peut l'admettre pour cause d'adultère et comment l'organiser « lorsqu'il n'existe plus de couvents qui puissent devenir la retraite de l'épouse ». Toutes ces questions méritent d'être examinées séparément. L'article est renvoyé à un chapitre qui sera consacré à la séparation de corps. C'est le premier renvoi à ce chapitre spécial.

A propos de l'article 5, Réal fait remarquer que le système de Boulay aura pour conséquence, s'il est définitivement adopté, d'empêcher un honnête homme de divorcer. Celui-ci ne voudra pas se couvrir de honte et déshonorer ses enfants en étalant devant les tribunaux l'adultère de sa femme. C'était remettre en discussion le principe du divorce par consentement mutuel que le Conseil avait voulu

écarter. Personne ne s'y trompe. Cependant l'on finit par voter l'article 5 de Boulay, sauf nouvelle rédaction avec cette adjonction du Premier Consul : « Les sévices seront réputés prouvés lorsqu'il y aura consentement mutuel ».

L'article 6, après discussion, subit la transformation suivante : Le Conseil adopte,

1^o Que, dans le cas de l'article 6, les deux époux pourront demander le divorce après un an de séparation, s'ils y consentent mutuellement ;

2^o Que la séparation pour sévices et mauvais traitements pourra être obtenue par un seul, lorsque les faits seront prouvés.

C'était là, à tous égards, un vote bizarre qui n'eut, d'ailleurs, aucune suite.

A la séance du 26 vendémiaire an X (18 octobre 1801), Portalis annonce que la marche de la discussion amène l'examen de sa troisième question : « Faut-il admettre avec le divorce, la séparation de corps ? » qu'il avait proposée dans la séance du 14 du même mois. Il fait valoir comme arguments l'avis des tribunaux et l'exemple de la Prusse. Une discussion générale va s'engager sur cette question de principe ainsi posée à nouveau. Le Premier Consul revient toujours à ce même argument : il est impossible d'admettre la séparation de corps sur le même pied que le divorce à cause de l'impunité assurée à la femme adultère. Il demande l'avis de Tronchet sur l'ancienne jurisprudence. Finalement, sur la proposition de Bonaparte, qui reprend la comparaison des deux parallèles qu'avait faite un jour Abrial, le ministre de la justice, le Conseil décide de ne pas confondre ces deux institutions et de renvoyer à un chapitre à part la question de la séparation de corps.

A la séance du 4 brumaire an X (26 octobre 1801), Emmery présente, dit-il modestement, des bases sur les causes du divorce. Ne nous y trompons pas : c'est, en quelque sorte, un nouveau projet, soumis au Conseil, par un nouveau présentateur, nous dirions, de nos jours, un nouveau rapporteur. En effet, le projet de la section de législation présenté par Portalis avait été rejeté, celui de

Boulay avec les amendements qui y avaient été apportés n'était plus reconnaissable. Portalis, plus occupé, peut-être, que jamais, avec la direction des cultes, avait dû s'effacer volontiers devant un autre rapporteur, ayant davantage l'oreille du Conseil. Emmery fait voter les trois premiers articles de son projet sans grands débats. L'article 4 qui nous intéresse plus particulièrement est ainsi conçu :

ART. 4. — « Les sévices et mauvais traitements ne donnent lieu qu'à l'action en séparation de corps, lorsqu'elle a été prononcée judiciairement ; la non-réconciliation dans les trois ans est une cause de divorce. »

L'on engage encore un long débat sur les sphères respectives du divorce et de la séparation de corps. Tout le monde, ou presque, est d'accord pour trouver cette rédaction vicieuse. Tronchet en fait une critique des plus pénétrantes. Cependant, l'article 4 est divisé : la première partie qui prévoit que « les services et mauvais traitements ne seront que des causes de séparation » ; » est mise aux voix et adoptée. Au moment de passer au vote de la seconde partie, Thibaudeau et Regnaud rappellent que l'on s'est toujours proposé de traiter la séparation de corps parallèlement au divorce ; l'on ne doit donc pas les confondre dans la discussion et ils font procéder à un renvoi au chapitre spécial consacré à notre institution. C'est le troisième et dernier renvoi d'ailleurs.

En effet, à la séance du 14 nivôse, an X (4 janvier 1802), Emmery présente enfin en un chapitre spécial, les articles qui deviendront la loi définitive, les articles 306 à 311 de notre code. Le conseil ne put au cours de cette séance en apporter l'examen. Celle qui suivit (1), se place plus de neuf mois après.

A la séance du 22 fructidor, an X (9 septembre 1802), Emmery présente tout le titre relatif au divorce et à la

(1) Le Conseil d'Etat avait suspendu ses séances officielles durant tout cet intervalle. C'est la période de la *diète des lois*, mot imaginé par Portalis.

séparation. Les chapitres sont successivement votés et, parvenu à ce fameux chapitre spécial auquel l'on avait tout renvoyé, nous n'avons à noter qu'une observation intéressante émanant de Réal. Il fait remarquer qu'aux termes de l'article 68, (article 298 actuel) la femme adultère divorcée peut se remarier, que cependant l'article 82 (311 actuel) la priverait de cette faculté car elle ne pourrait obtenir la conversion. Cambacérès lui répond que l'on ne peut lui accorder le bénéfice de la conversion sans vouloir « favoriser l'adultère ». C'est le mot de la fin.

CHAPITRE X

OBSERVATIONS GÉNÉRALES ET CONCLUSION

Cette observation de Réal, qui n'avait pas été à l'origine partisan du rétablissement de la séparation de corps, est tout à fait topique. Elle nous montre bien à quel point le rédacteur du Titre VI avait été préoccupé d'assurer la répression de l'adultère chez la femme séparée de corps. C'est cette question qui a dominé tout le débat relatif à notre institution. Le Premier Consul, pour combattre la séparation de corps, dont il n'était dans le fond nullement partisan, ne cessait de répéter que ce mode de relâchement du lien conjugal laissait impunie l'épouse coupable. Nous avons dit, et le mot n'est pas trop fort, qu'il était comme hanté de cette idée. Et nous pouvons même nous demander si la position, prise par lui, en la matière de la séparation de corps, à propos de la femme adultère n'a pas influé, sensiblement, sur la solution générale apportée à la répression de l'adultère chez la femme. En effet, le législateur de 1804 ne s'en est pas tenu seulement, comme nous le savons, à cette inégalité choquante qui aboutissait à permettre à la femme coupable divorcée, de se réhabiliter, si cela lui était possible, par un nouveau mariage, alors que cette voie restait fermée à la femme séparée de corps. Débordant de la matière de la séparation de corps, cette préoccupation de la répression l'empêchera de remonter le courant traditionnel et de proclamer l'égalité entre les époux devant la loi pénale ; elle le conduira, au contraire, à punir plus

sévèrement la faute de l'épouse que celle de l'époux, puis ensuite à confier au tribunal civil lui-même le soin de prononcer une peine d'emprisonnement. C'était là une innovation qui est demeurée longtemps une curiosité (1) dans notre législation.

Remarquons que le mari adultère, ni le complice de la femme ne pouvaient être condamnés par le tribunal civil. Mais, ce n'était pas à ce seul point de vue, que le droit nouveau innovait; au point de vue de la répression, il allait plus loin que le droit intermédiaire, qui ne punissait pas l'adultère, et même encore plus que l'ancien droit qui faisait dépendre la condamnation de la femme d'une procédure criminelle.

Constatons encore que le Conseil d'Etat adoptant une vue de Tronchet, qui ne faisait à son tour que rapporter la solution des anciens Parlements, décidait que la femme séparée de corps aurait la même capacité que la femme séparée de biens. Le droit canonique (tout comme notre droit moderne depuis la loi du 6 Février 1893), restituait à la femme séparée sa pleine capacité juridique. Personne ne rappela cette solution pour chercher à faire de notre institution quelque chose de stable et de définitif, et non pas, ce qu'elle était en réalité, une véritable séparation d'épreuve, hormis le cas d'adultère de la femme. Ceci ne doit pas nous surprendre; nous savons que les rédacteurs du Code Civil ont largement utilisé Pothier et parfois Domat, mais qu'ils ne sont guère remontés plus haut, pas, plus d'ailleurs qu'ils ne se sont préoccupés des solutions admises dans les législations étrangères (2). Cependant, c'était le cas où jamais pour Portalis, versé comme il l'était dans le droit canonique et avec l'autorité qui s'attachait à son nom, de présenter un projet où il se serait efforcé de faire revivre la séparation de corps

(1) Avant l'article 3 de la loi du 16 novembre 1912.

(2) L'on ne saurait faire le même reproche au législateur moderne, quand, par exemple, l'on se rappelle les solutions par lui adoptées dans la loi du 2 juillet 1907, sur la tutelle des enfants naturels.

dans sa pureté primitive, dans la mesure que le permettait le nouvel état de choses. Il n'en eut que la velléité. Maleville, plus agissant, se borna à une campagne d'opinion et de couloir, comme nous dirions aujourd'hui. Il n'osa pas davantage aller jusqu'au bout de sa pensée et poser la question sur son vrai terrain celui de la spécialisation de la loi, ou, plus exactement, de la création de lois spéciales (1), puisque tout le monde était d'accord pour respecter toutes les croyances et laisser en repos toutes les consciences. Maleville ne fit pas cette proposition et il ne pouvait la faire. L'adoption de sa solution impliquait : ou l'assimilation pure et simple du mariage religieux (2) au mariage civil, ou l'obligation pour l'officier de l'état civil de s'enquérir de la religion professée par les époux pour en faire mention dans l'acte, afin qu'il en sortît cette première conséquence : l'indissolubilité du mariage des catholiques. De toutes façons, le principe de la loi de 1792 qui ne considère que le mariage civil, était mis à néant. Or, le principe du mariage, contrat civil, comme celui d'ailleurs, mais à un moindre degré, de la sécularisation, était la résultante d'une longue évolution. La Révolution française n'avait fait que la réaliser. Napoléon Bonaparte, qui aimait se proclamer fils de cette Révolution, et qui en fut le continuateur assagi, aurait-il laissé ruiner un de ses principes essentiels et ainsi paraître laisser mettre en doute la suprématie du pouvoir civil auquel il était si attaché ? Ne nous trompons pas sur ses véritables sentiments. S'il accomplit ce tour de force (3),

(1) Cf. Larnaude, *Ses méthodes juridiques*, p. 57, 1909 ; c'est ce que cet éminent professeur appelle « la loi de la différenciation juridique ou de la spécialité législative ».

(2) C'est le système de la loi anglaise de 1838.

(3) Chaptal, *op. cit.*, p. 236 : « L'opération la plus hardie qu'ait faite Bonaparte pendant les premières années de son règne (et nous sommes encore sous le Consulat) a été le rétablissement du culte sur ses anciennes bases.

« Pour bien juger de l'importance et de la difficulté de cette entreprise, il faut se reporter à cette époque où la haine la plus acharnée et le mépris le plus profond pesaient sur le clergé. L'idée de rétablir la juridiction du Pape sur une classe de Français était tellement en opposition avec l'esprit public et l'opinion du temps, que lui seul pouvait concevoir et exécuter ce grand œuvre. »

qu'était aux yeux de ses contemporains, le rétablissement du culte catholique sur ses anciennes bases par la signature du Concordat, ce ne fut nullement qu'il ait été guidé par ses sentiments religieux. Il voulait seulement avoir la religion en ses mains, en faire un service public. Napoléon Bonaparte n'entendait ni ne voulait remonter le courant de son temps ; c'est la raison pour laquelle il réussit (1). Le secret de sa politique fut de vouloir toujours concilier le présent avec le passé, de faire œuvre de transaction et il en donnait encore l'illusion, même dans un cas comme le nôtre, dans le rétablissement de la séparation de corps. Le milieu social ne permettait pas davantage.

(1) Cf. Seligman, *L'interprétation économique de l'histoire*, traduit de l'anglais par Barrault, p. 103 : « Encore que son apparition à un moment particulier nous semble une question de hasard, le grand homme n'influence la société que lorsque la société est prête pour lui. Si la société n'est pas prête pour lui, il est appelé non pas un grand homme mais un visionnaire, et il échoue. »

Vu : le Président de la thèse,

R. PIÉDELIÈVRE

Vu : le Doyen,

LARNAUDE

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

APPELL

BIBLIOGRAPHIE

ANCIEN DROIT

Sources

- Corpus juris canonici cum glossis*, 1584, 3 vol.
Corpus juris canonici (édition Friedberg), 1879-1881, 2 vol.
Codex Juris Canonici (édition nouvelle entièrement refondue), Rome, 1917.
Corpus juris civilis, 1789, 4 vol.
AUGEARD, *Arrêts notables des différents tribunaux du royaume*, 1756, 2 vol.
BONIFACE, *Arrêts notables de la Cour du Parlement de Provence*, 1708, 1 vol.
Code matrimonial, nouvelle édition, 1770, 2 vol.
DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, 1771, 4 vol.
Ibidem, Édition nouvelle et augmentée, 1788, 14 volumes (V^o adultère, empêchement, mariage, séparation de corps).
GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1784-1785, 17 vol.
— *Encyclopédie méthodique de jurisprudence*, 1782-1794, 9 vol.
HÉRICOURT, *Les lois ecclésiastiques de la France*, 1 vol.
MERLIN, *Répertoire de jurisprudence*, 1825-1828, 36 vol.
POTHIER, *Œuvres* (Ed. Bugnet), 1845-1848, 10 vol., t. VII, *Contrat de mariage*.

Ouvrages généraux et monographies

- ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, 1891, 2 vol.
— *Le délit d'adultère à Rome*, 1878.
ANDRÉ et CONDIS, *Dictionnaire de droit canonique et des sciences en connexion avec le droit canon*, 1887-1890, 4 vol.
BOYER, *Examen du Pouvoir législatif de l'Eglise sur le mariage*, 1817, 1 vol.
BASDEVANT, *Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du Mariage, du Concile de Trente au Code civil*, 1900.

- DUMAS, *Histoire de l'indissolubilité du mariage en droit français*
Th. Paris, 1902.
- DUGUIT, *Etude historique sur le rapt de séduction (Nouvelle
revue historique du droit)*, 1886.
- FEVRET, *Traité de l'abus*, 1667, 2 vol.
- GERBAIS, *Traité du pouvoir de l'Eglise et des princes sur les
empêchements de mariage*, 1694, 1 vol.
- GLASSON, *Histoire de droit et des institutions de la France*, 1887-
1903, 8 vol.
- *Le mariage civil et le divorce*, 2^e édition, 1880, 1 vol.
- HÉFÉLÉ, *Histoire des Conciles*, nouvelle traduction revue et cor-
rigée par Dom Leclercq, 1907-1911, 11 vol.
- HUERME DE LA MOTHE, *Essais de jurisprudence*, 1757-1758,
3 vol.
- LEFEBRE, *Leçons d'Introduction à l'Histoire du Droit matrimonial
français*, 1899, 1 vol.
- *Le Droit des gens mariés*, 1908, 1 vol.
- *Le lien du mariage*, 1913.
- LE RIDANT, *Traité sur le mariage, Examen de deux questions
importantes sur le mariage*, 1753, 1 vol.
- LUCHAIRE, *Louis VI Le Gros*, 1890.
- LE PRESTRE, *Questions notables de droit*, 1679, 1 vol.
- MEYNIAL, *Le Mariage après les invasions (Nouvelle Revue Histo-
rique du Droit)*, Paris, 1898.
- QUINQUET DE MONTJOUR, *Histoire de l'indissolubilité du mariage
en France, depuis le V^e siècle jusqu'au Concile de Trente*,
Th. Paris, 1901.
- TARDIF (Adolphe), *Histoire des sources du droit canonique*,
1897, 1 vol.
- WALTER, *Manuel de droit ecclésiastique*, traduction de Roquemont,
1840, 1 vol.

DROIT MODERNE

Sources

- BOULAY DE LA MEURTHE, *Documents sur la négociation du
Concordat et sur les autres rapports de la France avec le
Saint-Siège en 1800 et 1801, 1891-1897*, 5 vol.

BOULAY DE LA MEURTHE, *Correspondance de la Cour de Rome avec la France depuis 1800 jusqu'à l'enlèvement du Souverain Pontife*, 1891-1897, 5 vol.

Collection générale des lois et arrêts de 1789 à 1814 (par Rondonneau).

Correspondance de Napoléon I^{er}, publiée par ordre de Napoléon III, 1860, 25 vol.

FAVARD DE LANGLADE, *Conférences du Code civil avec la discussion au Conseil d'Etat et au Tribunat*, 8 vol., an XIII, 1805.

FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1836, 15 vol. (t. I^{er}, II, III, IV, IX).

LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, 1827-1832, 31 vol. (t. I^{er} et V).

Mémoires de :

BIGNON, 6 vol. in-8°, B. Nat., Lb. 43/11;

BOURIENNE, 4 vol., B. Nat., La 33/22.

CAMBACÉRÈS, *Eclaircissements inédits*, manuscrits;

CHAPTAL, publiés par son arrière-petit-fils, 1893, 1 vol., B. Nat., Lb. 44/1488;

FIÉVÉE, t. I., p. 204 à 214.

— in-8°, B. Nat., Lb. 43/14 ;

GOHIER, 2 vol. in-8°, 1824, B. Nat., La. 33/131;

MIOT MELITO, 3 vol., B. Nat., La 33/138 ;

RÆDERER, 3 vol. in-8°, B. Nat., Lb. 43/3;

TALLEYRAND, 3 vol. in-8°, B. Nat., La 33/106;

THIBAudeau, *sur le Consulat*, 1827, 1 vol. in-8°, B. Nat., Lb. 43/9.

Moniteur Universel.

Code Général pour les Etats prussiens, 1794 (traduit par les membres du bureau de législation étrangère et publié par ordre du Ministère de la Justice), an IX.

Ouvrages généraux et monographies

ACCOLAS, *Manuel de droit civil*, 1869, 3 vol.

AGIER, *Du mariage dans ses rapports avec la religion et les lois nouvelles de la France*, 1801, 2 vol.

- ALÉA, *Réflexions sur le Divorce*, 1802.
- ARNTZ, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., 4 vol. (t. I^{er}, titre vi, n^{os} 395 et suivants, p. 250 et suivantes).
- AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., 8 vol. (t. I^{er} § 78, n^o 506 ; et t. V, p. 169 et suivantes).
- AUTEVILLE, *Le divorce pendant la Révolution*.
- BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, 10^e éd., 3 vol. (t. I^{er}, titre vi, p. 326 et suivantes).
- BAUDRY-LACANTINERIE et CHENEAUX, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 1908, 3^e éd., t. V.
- BEUDANT, *Cours de droit civil français, Etat et capacité des personnes*, 1897 (t. II, p. 1 à 129).
- BONALD (DE), *Du Divorce*, 1801.
- BONNECASSE, *La Thémis, 1819-1831 (La science du Droit privé en France au début du XIX^e siècle)*, 1914.
- BONNEVILLE (DE), *Nouveau code conjugal établi sur les bases de la Constitution*, 1792.
- BOULLÉE, *Essai sur la vie, le caractère et les ouvrages de Portalis*, 1859.
- BRESSOLES, *Le tribunal et le Code civil (Revue critique)*, 1876.
- BRISSAUD, *Cours d'histoire générale du droit français*, 1904, 2 vol. (t. II, p. 1057 et suivantes, 106 et suivantes).
- CARPENTIER et FUZIER-HERMAN, *Répertoire alphabétique du droit français (V^o Divorce et Séparation de corps, p. 580)*.
- CHEVALIER, *Objections aux articles du projet et du Code civil relatifs au divorce*, 1801.
- COLMET DE SANTERRE, *Le divorce de l'Empereur et le Code Napoléon*, 1894 (Mélanges H. Michel).
- DAMAS, *Les origines du divorce en France, Etude historique sur la loi du 25 septembre 1792*, Th. Bordeaux, 1897.
- P. DANIEL, *Le mariage chrétien et le code Napoléon*.
- DEMOLOMBE, *Cours du code Napoléon, Traité du mariage et séparation de corps*, 1874 (t. II).
- DEMOLOMBE et GRÉVIN, *Traité du divorce, appendice au traité du mariage et de la séparation de corps*.
- P. DIDON, *Indissolubilité et Divorce*.
- DUBÉDAT, *Etude sur Cambacérès (Recueil de législation de Toulouse, année 1858)*.
- ESMEIN, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814*, 1 vol., 1908,

- GAILLARD (Nicias), *Napoléon législateur (Discours de rentrée à la Cour de Cassation, 1855)*.
- GARNIER, *Code du divorce, des naissances, mariages et décès, 1792*.
- GIDE, *Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne, avec une notice biographique, des additions et des notes par A. Esmein*.
- GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, 1906*.
- HAUSSONVILLE (D'), *L'Eglise romaine et le Premier Empire* (t. I^{er}, p. 86 et suivantes).
- HUE, *Commentaire théorique et pratique du Code civil, 1892* (t. II, p. 463 et suivantes).
- IHERING, *Histoire du développement du droit romain, traduction de Meulenaere (1900, 1 vol.)*.
- *L'évolution du droit*. Traduit sur la 3^e édit. par de Meulenaere (1901, 1 vol.).
- *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, 3^e édit.*
- JAC, *Bonaparte et le code civil, 1898, 1 vol.*
- LA RÉVEILLÈRE-LEPAUX, *Réflexions sur le culte, les cérémonies civiles et les fêtes nationales*.
- LAVIALE (abbé), *Décision romaine sur le divorce civil, 1899, 1 vol.*
- LAURENT, *Principes de droit civil français, 3^e édit., 1878, t. III*.
- *Supplément aux Principes du Droit civil, 1896, t. I^{er}, p. 613 et suivantes*.
- LENOBLE, *Projet de loi pour les mariages, 1790*.
- LAVOLLÉE, *Portalès, sa vie et ses œuvres, 1869*.
- LECOY DE LA MARCHE, *La guerre aux erreurs historiques*.
- LHERMINIER, *Introduction générale à l'histoire du droit, 1829*.
- Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire, 1904, 2 vol.*
- LETOURNEAU, *L'évolution du mariage et de la famille, 1888, 1 vol. in-8^o, p. 284 et suivantes*.
- MADÉLIN, *Le Premier Consul législateur, 1865*.
- MALLET, *Le divorce durant la période intermédiaire, 1789-1804, Th. Paris, 1899*.
- MARTIN (Olivier), *La crise du mariage dans la législation intermédiaire, 1789-1804, Th. Paris, 1901*.
- MALEVILLE, *Du divorce et de la séparation de corps, 1801*.
- *Analyse raisonnée du Code civil, 6 vol.*
- MÉJAN, *Code du divorce et de l'état-civil des citoyens, 1793*.
- NOUGARÈDE, *De la Législation sur le mariage et le divorce, 1802*.
- *Histoire des lois sur le mariage et sur le divorce, 1803, 2 vol.*

- NECKER (Mme), *Réflexions sur le divorce*, 1795.
- MASSON, *Napoléon-Bonaparte, ses lectures et ses écrits, 1786-1791*, 1 vol.
- *Napoléon et sa famille*, t. II, p. 362 et 381.
- *Napoléon et les femmes*.
- MATHIEU, *Le Concordat de 1801, ses origines, son histoire d'après des documents inédits*, 1903, 1 vol.
- PLANIOI, *Trailé élémentaire de Droit civil*, 1908-1910, 5^e édit., 3 vol., t. I^{er}, p. 374 et suivantes, n^o 431 et suivants.
- PÉROUSE, *Napoléon I^{er} et les lois civiles du Consulat et de l'empire*, 1866.
- PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de 1801 publiés par son petit-fils*, 1845.
- *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, 1844.
- PRÉVOST DE SAINT-LUCIEN, *Formules pour arriver au divorce*, 1792.
- Revue historique*, *Les lois démocratiques d'Auguste*, t. LXII, p. 241 et suivantes.
- RONDONNEAU, *Napoléon le Grand considéré comme législateur*, 1808.
- RODIÈRE, *De quelques séances mémorables du Conseil d'Etat sous le Consulat. (Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse, année 1874, t. XXIII, p. 274.)*
- Revue des questions historiques*, *Le Divorce, Cérémonies relatives au divorce dans le plan de la religion civile de 1797*, t. XXXV, p. 241, par M. DENYS D'AUSSY.
- STENDHAL, *Vie de Napoléon*.
- SOURDOIS, *Le mariage et le divorce sous la législation intermédiaire (Lois nouvelles, année 1909, p. 411 et 487 ; année 1910, p. 18, 97, 193, 325.)*
- TAINE, *L'ancien régime*, t. I^{er} ; *Le Régime moderne*, t. II.
- THIERS, *Histoire du Consulat*, t. III.
- VANDAL, *L'avènement de Bonaparte*, 1902-1907, 2 vol.
- THIBAUDEAU, *Histoire du Consulat et de l'Empire*, 2 vol.
- WELSCHINGER, *Le divorce de Napoléon*.
-

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

Les Origines. — L'Ancien Droit

	Pages
INTRODUCTION.....	7

CHAPITRE PREMIER

Les Caractères de la séparation de corps.....	15
---	----

CHAPITRE II

La dissolution volontaire du mariage à Rome et dans les coutumes germaniques.....	17
---	----

CHAPITRE III

La dissolution volontaire du mariage après le triomphe du Christianisme.....	21
§ I ^{er} . — L'évolution politique de l'Eglise et son évolution doctrinale en matière de mariage..	21
§ II. — Influence du milieu social.....	25
§ III. — Rôle de la jurisprudence ecclésiastique dans la formation de la séparation de corps.....	28
§ IV. — Dépossession de la juridiction ecclésiastique au profit de la juridiction royale des causes de séparation de corps.....	30
§ V. — Evolution de la doctrine des civilistes.....	32
§ VI. — Evolution nouvelle, mais en sens contraire, du milieu social.....	34

CHAPITRE IV

La séparation de corps et la pratique jurisprudentielle.....	40
§ I ^{er} . — <i>Le divortium quoad torum et mensam</i> d'après le droit canonique ; ses causes et ses effets.....	43
§ II. — La séparation de corps d'après la jurisprudence des Parlements.....	47

DEUXIÈME PARTIE

La Renaissance de la Séparation de Corps dans le Code Civil

CHAPITRE V

	Pages
Le projet du Code civil de l'an IX et la séparation de corps...	55
§ I ^{er} . — L'esprit de la législation révolutionnaire et des projets de codification antérieurs à celui de l'an IX.....	55
§ II. — Le projet de codification de l'an IX et le Discours Préliminaire de Portalis.....	61

CHAPITRE VI

Analyse des Observations de la Cour de Cassation et des Cours d'Appel sur le projet de Code civil.....	72
§ I ^{er} . — Le partage des cours d'Appel.....	72
§ II. — Observations de la Cour de Cassation.....	74
§ III. — Observations de Riom.....	75
§ IV. — Observations de Montpellier.....	77
§ V. — Observations de Toulouse.....	82
§ VI. — Observations de Nancy.....	83
§ VII. — Observations de Nîmes.....	83
§ VIII. — Observations d'Orléans.....	84

CHAPITRE VII

La marche de la discussion du titre VI au Conseil d'Etat...	85
---	----

CHAPITRE VIII

Esquisse des Principaux rédacteurs du titre VI du Code civil	90
---	----

CHAPITRE IX

Les différents systèmes en présence. Le vote définitif émis par le Conseil d'Etat.....	105
§ I ^{er} . — L'exposé de Portalis.....	105
§ II. — Le système du Premier Consul et des anciens conventionnels.....	111
§ III. — Le système de Boulay et des modérés.....	118
§ IV. — Les divers projets en présence.....	122
§ V. — Le projet définitivement adopté.....	128

CHAPITRE X

Observations générales et Conclusion.....	132
BIBLIOGRAPHIE.....	137

